Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers in der G. m. b. H.

DISSERTATION zur Erlangung der Würde
eines DOCTOR IURIS UTRIUSQUE
der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von
FRANZ WIELER von Kreuzlingen (Thurgau)

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers in der G. m. b. H.

DISSERTATION zur Erlangung der Würde
eines DOCTOR IURIS UTRIUSQUE
der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von
FRANZ WIELER von Kreuzlingen (Thurgau)

1939 Bücherfabrik Bodan AG. Kreuzlingen

Die Fakultät hat diese Arbeit am 24. Nov. 1938 auf Antrag von Prof. Dr. Hans Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Literaturangabe V

EINLEITUNG

Gesellschaftsform und Geschäftsführung

I. Die Trennung von Unternehmungsleitung und Unternehmungsbesitz

1. Individualistische und kollektivistische Gesellschaftsformen 1

2. Die Verwendbarkeit der Rechtsformen bei der Bildung gesellschaftlicher Unternehmungen 4
a) Kollektivgesellschaft und AG. 4
b) Die GmbH. als Zwischenform 7

II. Der allgemeine Charakter der Geschäftsführung in der GmbH. 9

HAUPTTEIL

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers in der Gesellschaft m. b. H. in ihren einzelnen Beziehungen und Auswirkungen

I. Die Organstellung

1. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der GmbH. . . 14

2. Begriff und Aufgaben des Organs 16

II. Die Begründung der Rechtsstellung als Geschäftsführer

1. Die Voraussetzungen in der Person des Geschäftsführers . 20
a) Physische Persönlichkeit 20
b) Handlungsfähigkeit 22
c) Der Wohnsitz in der Schweiz 24

2. Die Eintragung in das Handelsregister 25

Seite

3. Die Begründung der Geschäftsführerstellung im internen Gesellschaftsverhältnis 26
a) Die Geschäftsführung als gesellschaftliches Recht und als gesellschaftliche Pflicht 28
b) Die Uebertragung an einzelne Gesellschafter . . . 30
c) Die Bestellung eines Nichtgesellschafters 31

III. Der Inhalt der Geschäftsführerstellung

1. Die Unterscheidung in Geschäftsführung und Vertretung . 35

2. Die Vertretung 36
a) Der Umfang der Vertretungsmacht 36
b) Die Beschränkung der Vertretungsmacht 39
aa) in materieller Hinsicht 39
bb) in Bezug auf die Ausübung der Vertretung . . 41

3. Die Geschäftsführung als interne Verwaltungstätigkeit . 44

IV. Die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung . . 46

1. bei einem Gesellschafter 47
a) Die Voraussetzungen 47
b) Das Verfahren 50

2. bei einem Nichtgesellschafter 51

V. Einzelne Pflichten und Rechte des Geschäftsführers

1. Pflichten
a) Die Pflicht zur persönlichen Ausübung 54
b) Die Sorgfaltspflicht 58
c) Das Konkurrenzverbot 64

2. Rechte des Geschäftsführers
a) Der Lohn- und Ersatzanspruch 73
b) Das Widerspruchsrecht 76
c) Das Recht auf Entlastung 78
d) Das Recht auf Niederlegung der Geschäftsführung . 81

VI. Die Haftung des Geschäftsführers

1. Die Voraussetzungen 85

2. Die Geltendmachung 88

3. Die Exkulpation 92

Literaturangabe

Benfey E., Die Geschäftsführer bei der GmbH., Diss. Göttingen 1896.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, vom 21. Februar 1928.

v. Braun H., Schweizerisches und deutsches Recht der GmbH., Diss. Königsberg 1928.

Brodmann, Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1930.

Bulletin, amtliches stenographisches, der Bundesversammlung.

Burckhardt W., Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.

Corradini A., Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der GmbH., Diss. rer. pol. Bern 1933.

Entwurf I eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, 1919, Bericht Huber 1920.

Entwurf II eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, 1923, Bericht Hoffmann 1923.

Egger A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Personenrecht, Zürich 1930, cit. Egger Kom.

ders. Die Aktiengesellschaft nach dem revidierten Obligationenrecht, S. J. Z. Bd. 34, S. 1 ff.

ders. Die GmbH. nach dem revidierten schweizerischen Obligationenrecht, S. J. Z. Bd. 34, S. 193 ff. u. 209 ff.

Fehr H., Das kommende Recht, Berlin/Leipzig 1933.

ders. Das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht, in Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe für Carl Wieland), 1934, S. 66 ff.

ders. Das schweizerische Handelsrecht in den letzten zehn Jahren, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 104. Bd. (1937), S. 51 u. 275 ff.

Feine E., Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 2. Abt. Leipzig 1929.

Fischer, Die Aktiengesellschaft, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 1. Abt. Leipzig 1916.

Förtsch A., Das Gesetz betreffend die GmbH., mit Erläuterungen, 1899.

Fränkel F., Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine volkswirtschaftliche Studie, 1915.

Frick Th., Die Frage der Einführung der GmbH. Diss. Zürich 1916.

Gierke Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.

Goeldlin de Tiefenau A., L'introduction de la Société à Responsabilité Limitée en Suisse, Thèse Lausanne 1928.

Goldschmidt R., Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, St. Gallen 1937.

Grell F., Die Kartell-GmbH., Diss. Köln 1936.

Groß G., Die Verwendung der GmbH. zu Kartellzwecken, unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Entwurfs, Diss. Bern 1936.

Guhl Th., Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1937, 2. Bd.

Gysin A., Bemerkungen zur Einführung der GmbH., in Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe für Carl Wieland), Basel 1934.

Haab R., Die GmbH. Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts, Zeitschrift des Bern. Juristenvereins 62. Bd., S. 145 ff.

Hachenburg M., Kommentar zum Gesetz betreffend die GmbH., 5. Aufl., 2 Bde. 1926/27, cit. Hachenburg Kom.

ders. Die schweizerische GmbH. und die deutsche Rechtsprechung, in Zeitschrift für schweiz. Recht 55 (1936), S. 329 ff.

Haff K., Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, 1918.

Hedemann J. W., Schuldrecht des BGB., Berlin/Leipzig 1921.

Henkel O., Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers in der GmbH., Diss. Leipzig 1910.

Heß A., Der Umfang der Vertretungsmacht der Verwaltung bei der AG., Diss. Zürich 1937.

Henggeler J. u. E., Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Bankengesetz und im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937.

Iklé M., Die Geschäftsführungsbefugnis des einfachen Gesellschafters, Diss. Zürich 1926.

Kolb A., Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht, Diss. Zürich 1935.

Kreis W., Die Haftung der Organe juristischer Personen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Zürich 1936.

Liebel L., Die wirtschaftliche Struktur der GmbH. in Betriebs- und finanzwirtschaftliche Forschung, II. Serie, Heft 55, Berlin 1931.

Liefmann R., Die Unternehmungsformen, 4. Aufl. Stuttgart 1928.

Merk G., Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer GmbH., Diss. Erlangen 1926.

Molitor E., Die ausländische Regelung der GmbH. und die deutsche Reform, 1927.

Müller-Erzbach R., Deutsches Handelsrecht, 1919.

Müller P., Der Geschäftsführer in der GmbH., Diss. Köln 1931.

Protokoll der Expertenkommission, 1928.

Scheinmann G., Die Rechtsstellung des Geschäftsführers der GmbH., Diss. Jena 1933.

Scherer V., Die GmbH. in „Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht", veranstaltet von der Basler Handelskammer, Basel 1937.

Siegwart A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Bd., Obligationenrecht Art. 530 ff., Zürich 1934—37.

Stark H., Zum Aufbau der GmbH. Vergleich des schweizerischen Entwurfes mit der deutschen Regelung, Diss. Leipzig 1935.

Tuor P., Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1934.

Uhle W., Die Rechtsstellung des Geschäftsführers einer GmbH., Diss. Leipzig 1910.

Vigier W., Die Verantwortlichkeit der Organe einer AG. gegenüber den Gläubigern, Diss. Bern 1907.

Vollenweider H., Beitrag zur Theorie der juristischen Person, insbesondere ihrer inneren Struktur, Diss. Zürich 1908.

Wedler K., Die Rechtsstellung des Geschäftsführers bei der GmbH., Diss. Leipzig 1910.

Wieland K., Handelsrecht, 2 Bde. 1921/31, cit. Wieland.

ders. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zeitschrift für schweiz. Recht Bd. 14 n. F.

Wolfers A., Die Verwaltungsorgane der AG. nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Verwaltungsrat und Direktion, Diss. Zürich 1917.

Die zitierten Gesetzesartikel beziehen sich, wo nichts anderes angegeben ist, auf das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547622_0044

Einleitung

Gesellschaftsform und Geschäftsführung

I. Die Trennung von Unternehmungsleitung und Unternehmungsbesitz

1. Individualistische und kollektivistische Gesellschaftsformen

Die Form, der sich die Menschen der kapitalistischen Wirtschaft zur Befriedigung von Bedürfnissen hauptsächlich bedienen, ist die Unternehmung.[1] Unternehmung im wirtschaftlichen Sinn heißt Einsatz von Kapital und Arbeitskraft zum Zwecke der Gewinnerzielung.[2] Die Wirkungen, die sich aus diesen beiden Unternehmungskomponenten ableiten lassen, sind verschieden: Wer die finanziellen Mittel zur Verfügung stellt, sichert sich den Unternehmungsbesitz; wer seine Arbeitskraft hergibt, bestimmt über die Unternehmungsleitung. In der einfachsten und ursprünglichsten Form der Unternehmung sind Kapital- und Arbeitsleistung in einer Hand vereinigt, Besitzer und Leiter der Unternehmung ist ein und dieselbe Person. Doch reichen die Kräfte des Einzelnen nicht immer aus, um das gewünschte wirtschaftliche Ziel zu erreichen. Er vereinigt sich mit andern Individuen; schließlich entsteht daraus eine Gesellschaft.[3] Durch die Aufnahme fremder Kapital- und Arbeitskräfte muß nicht notwendigerweise die Einheit von Unternehmungsbesitz und Unternehmungsleitung zerstört werden. Erst das stärkere Anwachsen und der vergrößerte Umfang einer Gesell-

[1] Liebel L., Die wirtschaftl. Struktur der GmbH. S. 11.
[2] Wieland I S. 239.
[3] vergl. Hedemann, Schuldrecht, Berlin/Leipzig 1921, S. 208.

schaft können eine Trennung notwendig machen.[4] Je nach dem Verhältnis, in dem Unternehmungsbesitz und Unternehmungsleitung stehen, unterscheidet man individualistische und kollektivistische Gesellschaften.[5], [6] Diese Unterscheidung ist grundlegend geworden für die Erkenntnis der Struktur der Handelsgesellschaften.[7]

Bei der individualistischen Gesellschaft ist grundsätzlich jeder Unternehmungsbesitzer zur Leitung zugelassen. Rechtlich gesprochen heißt dies: Das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung steht grundsätzlich jedem Mitglied als solchem zu. Der Gesellschafter erwirbt kraft Gesellschaftsvertrag ein unentziehbares Recht auf die Geschäftsführung, und nicht auf Grund einer besonderen vertraglichen Abmachung. Naturgemäß setzt das in der Mitgliedschaft verankerte Recht auf die Geschäftsführung einen kleinen Kreis von Gesellschaftern voraus. Die persönlichen Eigenschaften eines Gesellschafters sind neben seiner finanziellen Leistungsfähigkeit maßgebend für seine Wahl zum Mitglied der Gesellschaft. Man erwartet von ihm nicht eine einmalige Leistung, sondern dauernde Mitwirkung im Schoße des Unternehmens. Daher ist die individualistische Gesellschaft an den Bestand ihrer Mit-

---

[4] Liefmann S. 48.

[5] Wieland I S. 473 ff., Feine S. 37 ff.

[6] Noch 1915 konnte Fränkel (S. 5 ff.) über die beiden Begriffe „individualistisch und kollektivistisch" folgendes schreiben: „Naturgemäß lassen die Begründungen des Bedürfnisses nach der neuen Gesellschaftsform an Klarheit manches zu wünschen übrig. Nehmen doch die beiden Ketten von Erwägungen, die man in diesen Begründungen unterscheiden kann, gerade diese schillernden Begriffe der kollektivistischen und individualistischen Gesellschaftsform zu Ausgangspunkten." Es ist ein großes Verdienst Carl Wielands, auf diesem Gebiet Klarheit geschaffen zu haben.

[7] Das Moment der Haftung tritt in diesem Zusammenhang zurück. Die Haftungsverhältnisse sind maßgebend für den Kredit einer Gesellschaft und ihre wirtschaftliche Geltung, über den gesellschaftlichen Aufbau und Organismus und den Zusammenhang seiner Teile geben sie keinen Aufschluß. Unter der gleichen Haftungsform können sich rechtlich und wirtschaftlich grundverschiedene Gesellschaftsgebilde offenbaren. Daher versagt sie als allgemeines Einteilungskriterium.

glieder gebunden; sie wird durch das Ausscheiden eines derselben aufgelöst. Da die Geschäftsführung in der Person des Gesellschafters — und nur des Gesellschafters — verkörpert ist, spricht man von Selbstorganschaft.[8] Die willensbildenden und die willensausführenden Personen sind in der Regel dieselben. Dies wirkt sich dahin aus, daß die Gesellschafter sowohl rechtlich wie tatsächlich für Wollen und Handeln der Gesellschaft bestimmend sind.[9] Das unausgesetzte Mitwirken bei der Geschäftsleitung liegt im Interesse aller Mitglieder, da nur so eine ausreichende gegenseitige Kontrolle gewährleistet werden kann.

Bei der kollektivistischen Gesellschaft sind Unternehmungsleitung und Unternehmungsbesitz von einander getrennt.[10] Dem Mitglied als solchem steht kein Recht auf die Geschäftsführung zu. Der Geschäftsführer wird durch einen besonderen Vertrag, nicht den Gesellschaftsvertrag, dazu ernannt. Dabei kann er die Mitgliedschaft der Gesellschaft besitzen,[11] muß es aber nicht notwendigerweise. In jedem Fall wird er nicht als geschäftsführender Gesellschafter, sondern als vertraglich berufener Dritter behandelt. Es besteht bei der kollektivistischen Gesellschaft das Prinzip der sog. Drittorganschaft.[12] Auch dort, wo die Mitglieder zu weitgehender persönlicher Betätigung herangezogen werden (sog. Personalgesellschaft), bleibt das Prinzip bestehen, solange sich nicht Recht und Pflicht zur Geschäftsführung aus der Mitgliedschaft ergeben. Zur Notwendigkeit wird die Drittorganschaft bei der sog. Kapitalgesellschaft, weil dort das persönliche Moment vollkommen

---

[8] Wieland I S. 474, Feine S. 39, Roth, Das individualistische und kollektivistische Organisationsprinzip im Recht der AG. und der GmbH., Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. VI S. 266 ff.

[9] Corradini S. 16.

[10] vergl. Liebel S. 29.

[11] Oft wird dies eine unumgängliche Voraussetzung für die Bestellung sein.

[12] Es muß hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß der Ausdruck „Organschaft" nicht zusammenfällt mit dem rein rechtlichen Organbegriff. Wir sprechen auch dort von „Organschaft, wo es sich nicht um Organe im rechtlichen Sinne handelt.

fehlt und die Mitgliedschaftspflichten sich in Kapitalbeiträgen erschöpfen. Die kollektivistische Gesellschaft ist auf einen großen Personenkreis zugeschnitten. Sie ist nicht an den Bestand ihrer Mitglieder gebunden, die mitgliedschaftlichen Leistungen sind zumeist nur finanzieller Natur oder dann so beschaffen, daß sie von jedermann unter bestimmten Voraussetzungen erbracht werden können.[13] Der Geschäftsführer ist in der Regel nicht mehr an der Bildung der Beschlüsse beteiligt, er führt sie nur noch aus. Naturgemäß besteht daher zwischen Geschäftsführer und Mitglied der kollektivistischen Gesellschaft ein weit geringeres Vertrauensverhältnis als bei der individualistischen Gesellschaft. Die Mitglieder haben gegenüber dem Geschäftsführer ein weitgehendes Kontrollrecht und können ihn abberufen, sobald er ihr Vertrauen nicht mehr besitzt.

2. Die Verwendbarkeit der Rechtsformen bei der Bildung gesellschaftlicher Unternehmungen

a. Der Trennung von Unternehmungsbesitz und Unternehmungsleitung, die wie oben dargelegt, wirtschaftlich bedingt ist, hat der Gesetzgeber durch Schaffung bestimmter Grundtypen Rechnung getragen. Die individualistische Gesellschaftsform verkörpert die Kollektivgesellschaft. Den kollektivistischen Typus vertritt die Aktiengesellschaft. Alle übrigen Handelsgesellschaften, wie die Kommanditgesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft und die seit dem 1. Juli 1937 eingeführte Gesellschaft mit beschränkter Haftung,[14] sind bezüglich des Verhältnisses zwischen Geschäftsführung und Mitgliedschaft auf eine der beiden Grundformen zurückzuführen. Es wird daher eine kurze Darstellung der Struktur und Organisation der Kollektivgesellschaft wie der AG. für die folgenden Darlegungen von Vorteil sein.

Die Kollektivgesellschaft ist diejenige Gesellschaftsform unter den Handelsgesellschaften, die der Forderung nach per-

[13] Wieland I S. 476, Fischer S. 4.

[14] Die Annahme des Gesetzes erfolgte in den beiden Räten am 18. Dezember 1936.

sönlicher Anteilnahme der Mitglieder am nächsten kommt.[15] Nach innen ist jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet, falls im Gesellschaftsvertrag keine andere Abmachung getroffen wurde.[16] Das gleiche gilt für die Vertretung der Kollektivgesellschaft: Vertretungsberechtigt ist grundsätzlich jeder Gesellschafter. Diese Vermutung zugunsten des einzelnen Mitgliedes besteht solange, als aus dem Handelsregister nichts anderes hervorgeht. Sie dient der Sicherheit im Geschäftsverkehr; jeder gutgläubige Dritte kann sich darauf verlassen.[17] Der vertretungsberechtigte Gesellschafter besitzt Dritten gegenüber die Eigenschaft eines Organs. Er verpflichtet durch sein Handeln, sofern dies im Rahmen des Gesellschaftszweckes geschieht, nicht sich selbst, sondern die Gesellschaft, er ist nicht Stellvertreter, sondern Organ. Die Erklärung dieser Doppelspurigkeit findet man in der komplizierten Struktur der Kollektivgesellschaft, die gemäß der herrschenden Lehre nach innen eine Gesellschaft (und Gesamthandsverhältnis) ist, nach außen aber als Einheit auftritt und gleich wie die juristische Person behandelt wird, ohne jedoch als solche bezeichnet zu werden.[18] Der enge Zusammenhang zwischen Mitgliedschaft und Vertretung zeigt sich auch in der Entziehung der Vertretungsmacht. Sie kann einzig und allein aus wichtigem Grund entzogen werden. Eine andere Möglichkeit der Entziehung gibt es nicht. Der durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Geschäftsführungsbefugnis kann wider den Willen des Berechtigten nur durch Auflösung des Vertrages, d. h. durch Auflösung der Gesellschaft ein Ende gesetzt werden.[19]

Das geschäftsführende, leitende und die Gesellschaft nach außen vertretende Organ der Aktiengesellschaft ist die

[15] Feine S. 39.

[16] OR. Art. 557 in Verbindung mit Art. 535.

[17] vergl. OR. Art. 563; Guhl S. 260.

[18] vergl. Fehr, Das kommende Recht, S. 16; ebenso Fehr, Das dynamische Element im schweizer. H.-R., S. 67 ff; Siegwart, Die Stellungnahme der schweiz. Gerichte zum Problem der jurist. Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft und ihre Rückwirkung auf den Inhalt der Entscheide, in Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe für Wieland) S. 355 ff.

[19] Wieland I S. 562.

Verwaltung. Sie besteht aus einem oder mehreren von der Generalversammlung gewählten Aktionären, welche zusammen den Verwaltungsrat bilden. Sie treten zu der Gesellschaft in der Regel in ein Dienstverhältnis, das durch den Wahlakt und die Annahme durch den Erwählten zustandekommt.[20] Das Rechtsverhältnis, in dem das einzelne Mitglied der Verwaltung zur Gesellschaft steht, ist kein mitgliedschaftliches, sondern ein rein vertragliches. Darum bestimmt sich die Entziehung der Verwaltungsbefugnis allein nach Vertragsrecht. Die Generalversammlung kann die Verwaltung jederzeit abberufen.[21] Diese Abhängigkeit von der Gesellschafterversammlung kommt in der ganzen Stellung der Verwaltung zum Ausdruck. Nach Wieland[22] sind die Organe der AG. die „Diener des gesellschaftlichen Unternehmens", während die Geschäftsführer der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft als die „Herren ihres Unternehmens" bezeichnet werden.[23]

Die Statuten oder ein von ihnen vorgesehenes Reglement bestimmen, ob und wie die Geschäftsführung und Vertretung unter die Mitglieder der Verwaltung zu verteilen sind. Im übrigen kann die Generalversammlung oder die Verwaltung — letztere nur soweit sie dazu ermächtigt ist — die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben an Dritte, die nicht Aktionäre sind, übertragen. Jedoch muß mindestens ein Mitglied der Verwaltung zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein.[24] Da die AG. juristische Person ist, besitzen die sie vertretenden Verwaltungsräte Organstellung und verpflichten durch ihr Handeln nicht sich selber, sondern die Gesellschaft. Das gleiche ist von den Direktoren und Geschäftsführern der AG. zu sagen; sie werden nach außen als Organe und

[20] Goldschmidt S. 104.

[21] Allfällige Entschädigungsansprüche des Abberufenen bleiben vorbehalten, OR. Art. 712.

[22] Bd. I S. 479.

[23] Tatsächlich jedoch liegen die Verhältnisse oft gerade umgekehrt. Durch das spärliche Zusammentreten der Generalversammlung ist die Verwaltung in ihrer Tätigkeit frei. Außerdem kann es der Verwaltung durch die Ausgabe von Stimmrechtsaktien ermöglicht werden, über ihre kapitalmäßige Beteiligung hinaus sich an der Willensbildung zu beteiligen.

[24] Art. 717 Abs. 1.

gleich wie die vertretungsberechtigten Verwaltungsräte behandelt.

b. Die gesetzliche Regelung hat der Ausgestaltung der Geschäftsführung bzw. Verwaltung bei der Kollektivgesellschaft und der AG. einen sehr weiten Spielraum gelassen. Es wurde hier vom Gesetzgeber der von Andreas Heusler ausgesprochene Grundsatz befolgt: Der Staat soll die Prinzipien jedes Institutes feststellen, dann aber nicht weitergehen.[25] Dennoch ist die Ausgestaltung und Verwendung der Geschäftsführung in den beiden Gesellschaftsformen nicht völlig frei und schon durch ihr Wesen und ihren Gesellschaftscharakter an gewisse Grenzen gebunden. So ist eine Kollektivgesellschaft, in der kein Gesellschafter zur obersten Leitung des Unternehmens berechtigt wäre, schwerlich denkbar. Eine Vereinbarung, wonach sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind, ist dahin auszulegen, daß ihnen sämtlich die Geschäftsführungsbefugnis nur kollektiv und im Sinne eines bloßen Rechtes zusteht.[26] Andererseits wird es in einer AG. kaum möglich sein, alle Mitglieder mit der Leitung zu betrauen. Die AG., und insbesondere die AG. des revidierten OR. von 1937, ist auf einen großen Mitgliederkreis zugeschnitten. Ihre unpersönlich ausgestaltete Organisation wäre einer solchen Belastung nicht gewachsen. Je mehr sich die AG. der individualistischen Gesellschaftsform annähert, desto mehr wird der bestehende, einseitig auf kollektivistische Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte und das Mehrheitsprinzip zugeschnittene Verwaltungs- und Kontrollapparat versagen.[27] Von diesem Gesichtspunkt aus konnte die Einführung einer Gesellschaftsform, die sowohl individualistische wie kollektivistische Ausgestaltung zuließ, nur begrüßt werden. Rechtlich betrachtet fehlte bis zur Revision des Handelsrechtes vom 18. Dezember 1936 eine Rechtsform, welche in einer kapitalistisch organisierten Gesellschaft die Selbstorganschaft gestattete oder für eine Personengesellschaft die ausschließ-

[25] vergl. bei Egger, SJZ 34 S. 4.

[26] Wieland I S. 565 - Daher hat jeder einzelne Gesellschafter das Recht, einem geschäftsführenden Nichtgesellschafter die Vertretungsmacht mit Wirkung gegenüber Dritten zu entziehen, Art. 566.

[27] Wieland II S. 119.

liche Drittorganschaft zuließ.[28] Dazu kamen begründete wirtschaftliche Erwägungen, welche für die Schweiz die Einführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung forderten, wie dies in andern Ländern bereits geschehen war.[29] Aus diesen beiden Postulaten läßt sich der Aufbau der GmbH. erklären, wie sie ihn in der Schweiz erfahren hat.[30]

Man wollte einerseits im Sinne Oechelhäusers, des Promotors der deutschen GmbH., eine Gesellschaftsform errichten, „worin die Persönlichkeiten, welche das Kapital hergeben, auch unmittelbar mit dem Kapital in Verbindung treten und es persönlich fruchtbar machen können, dabei aber doch die Wohltat der beschränkten Haftung genießen".[31] Es war zweifellos, daß die auf individualistischer Grundlage aufgebauten Gesellschaften vielfach die unbegrenzte Solidarhaft der Kollektivgesellschaft nicht zu ertragen vermochten. Die Kommanditgesellschaft erwies sich mit Rücksicht auf die unbeschränkte Verantwortlichkeit des Kommanditierten und die im Hinblick auf die Geschäftsführung unbefriedigende Stellung des Kommanditärs als unbrauchbar. Die Organisation der AG. war rein kapitalistisch und unpersönlich. „Während bei ihr (der AG.) die Geschäfte durch einen jederzeit abberufbaren Verwaltungsrat geführt werden, und im übrigen die Mitglieder der AG. in keinen unmittelbaren Beziehungen zu ihr stehen, stehen wir bei der GmbH. vor einer engen Verbindung zwischen Mitglied und Gesellschaft, die in der Gestaltung der Geschäftsführung und Vertretung als ein unentziehbares Sonderrecht des Gesellschafters ihren Ausdruck findet." Mit diesen Worten empfiehlt die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 21. Februar 1928 die Annahme der GmbH.[32]

---

[28] Corradini S. 18.

[29] Die GmbH. bestand bereits in Deutschland (1892), Oesterreich (1906), Polen (1919), Bulgarien (1924), Frankreich (1925). Der italienische Entwurf zu einem neuen Handelsgesetzbuch von 1921 sieht die GmbH. vor.

[30] Ueber die Widerstände und Anfechtungen, welche die GmbH. bis zu ihrer Einführung zu überwinden hatte, vergl. insbesondere Egger SJZ 34 S. 193; Haab S. 145 ff.; Goeldlin de Tiefenau S. 11 ff.; Scherer S. 95 ff.

[31] Botschaft S. 68.

[32] Botschaft a. a. O.

Es ergab sich auf der andern Seite die Notwendigkeit, die Ausgestaltung der GmbH. nicht bei der rein individualistischen Regelung zu belassen. Schon in den Verhandlungen der Expertenkommission werden die Bestrebungen des zweiten Entwurfes zum revidierten OR. gelobt, die Vorschriften über die Organisation möglichst lose und elastisch zu gestalten, um die Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse zu ermöglichen.[33] So konnte dann Dietschi, als Berichterstatter im Ständerat, die Geschäftsführung und Vertretung der GmbH. mit folgenden Worten charakterisieren:[34]: „Grundsatz bleibt, daß sich die Gesellschafter persönlich am Unternehmen beteiligen und betätigen und daß die Geschäftsführung in ihren Händen liegt. Dieser Grundsatz läßt sich indessen nicht so streng und konsequent durchführen wie bei der Kollektivgesellschaft. Das führt zu größerer Bewegungsfreiheit und zur Anlehnung an das Aktienrecht, sowohl in der rechtlichen Regelung der Materie selber als auch in der äußeren Anordnung des Stoffes."

II. Der allgemeine Charakter der Geschäftsführung in der GmbH.

Der Gesetzgeber mußte versuchen, den doppelten Anforderungen, die an die Organisation der Geschäftsführung in der GmbH. gestellt wurden, gerecht zu werden. Da von vorneherein feststand, daß die schweizerische GmbH. im Gegensatz zur deutschen eine persönliche Ausgestaltung erfahren sollte,[1] mußte ihre Geschäftsführung und Vertretung entsprechend geregelt werden. Die schweizerische GmbH. vertritt den individualistischen Gesellschaftstyp,

[33] Protokoll S. 491.

[34] Amtliches stenographisches Bulletin, Ständerat 1931, S. 631.

[1] Die wichtigsten persönlichen Momente neben der beschränkten persönlichen Haftung sind die Zulässigkeit der Nebenleistungspflichten und die Beschränkung des Mitgliederkreises durch die starke Beschränkbarkeit der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen.

weil bei ihr die Geschäftsführung auf dem Prinzip der Selbstorganschaft aufgebaut ist.[2] Ihre rechtliche Organisation entspricht in den entscheidenden Zügen derjenigen der Kollektivgesellschaft.[3] Der grundlegende Artikel 811 Abs. 1 lautet:

„Alle Gesellschafter sind zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet, sofern nichts anderes bestimmt ist."

Die Mitglieder der GmbH. haben als solche ein unentziehbares Recht zur Geschäftsführung, und zwar nur die Mitglieder, die an der Gründung beteiligt sind. Neu hinzutretenden Gesellschaftern steht die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nur zu, wenn sie ihnen durch besonderen Gesellschaftsbeschluß übertragen worden ist.

So grundlegend die Bestimmung des Art. 811 Abs. 1 für den allgemeinen Charakter der GmbH. sein mag, so ist sie doch nur dispositiv gedacht. „Wenn nichts anderes bestimmt ist" bedeutet, daß der Gesetzgeber in der Ausgestaltung der Geschäftsführung freie Hand läßt.[4] Die Grundregel, daß alle Mitglieder zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet sind, kann durch Statuten oder Gesellschaftsbeschluß vollkommen umgestoßen werden. Es ist nicht nur möglich, die Geschäftsführung und Vertretung einem oder mehreren Gesellschaftern unter Ausschluß der übrigen zu übertragen, es können auch Dritte damit betraut wer-

---

[2] vergl. Groß S. 87/88.

[3] Allgemein wird die GmbH. als eine modifizierte Kollektivgesellschaft bezeichnet, so in der Botschaft S. 73, bei Egger SJZ 34/196, Haab S. 158, Corradini S. 33. Hachenburg dagegen (in Zeitschrift für schweiz. Recht 55 S. 332) und auch Haab (S. 150) nennen sie eine Kommanditgesellschaft, die nur aus Kommanditisten besteht. Die letztere Charakterisierung ist richtig, soweit man auf die Haftungsverhältnisse abstellt. Auf die Struktur der GmbH. angewendet, versagt sie.

[4] Es erübrigt sich, auf die Begründung dieser Organisationsfreiheit näher einzugehen. Sie ergibt sich aus der Entwicklung der GmbH., sodann aus ihrer Zwecksetzung. Die GmbH. soll allen möglichen Zwecken dienlich sein, sei es als Familiengesellschaft, sei es als Kartell. Die Zahl der Gesellschafter wird in den einzelnen Gesellschaften sehr verschieden sein. In jedem Falle aber bedarf die GmbH. einer besonders gearteten Organisation.

den, ja es besteht sogar die Möglichkeit, ein Nichtmitglied als ausschließlichen Geschäftsführer und Vertreter zu bestellen. (Art. 812).

Diese Ordnung geht außerordentlich weit. Es wird der GmbH. die Möglichkeit gegeben, die Organisation ihrer Geschäftsführung unpersönlicher zu gestalten, als dies bei der AG. geschehen kann, wo der Verwaltungsrat immer aus Aktionären bestehen muß und wo wenigstens ein Mitglied der Verwaltung zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein muß (Art. 707 u. 717 Abs. 1). Die GmbH. kann sowohl individualistisch wie kollektivistisch gestaltet werden, ihre Organisation von der reinen Selbstorganschaft zur reinen Drittorganschaft hinüberwechseln. Es ist zu begreifen, wenn diese Zwiespältigkeit auch in der gesetzlichen Regelung der Organisation der GmbH. ihren Niederschlag gefunden hat. Vorschriften, die aus dem Recht der Kollektivgesellschaft entnommen sind, wechseln ab mit den Bestimmungen des Aktienrechtes. Dazu mußte allen denkbaren Fällen und Vorkommnissen vorsorglicherweise vorgegriffen werden. So stellt Art. 808 Abs. 1 die aktienrechtliche Vorschrift auf, daß die Gesellschafterversammlung oberstes Organ der Gesellschaft ist, ein Bestimmung, die nur dann einen Wert hat, wenn die Geschäftsführungsbefugnis nicht allen Mitgliedern zusteht. Sind alle Mitglieder zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet, so sind die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zugleich Beschlüsse der Geschäftsführer und es erübrigt sich, von einem „obersten Organ“ zu sprechen.[5] Weiterhin: Der Umfang und die Beschränkung der Vertretungsbefugnis richtet sich nach Aktienrecht (Art. 814 Abs. 1), während für die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung die für die Kollektivgesellschaft aufgestellten Vorschriften gelten (Art. 814 Abs. 2). Sie kann nur aus wichtigen Gründen erfolgen. Einem geschäftsführenden Nichtgesellschafter dagegen kann wie bei der AG. die Geschäftsführung jederzeit entzogen werden. Schließlich stehen die geschäftsführenden Gesellschafter unter der gleichen Kontrolle von Seiten der nichtgeschäftsführenden Gesellschafter wie bei der

[5] Das Recht der Kollektivgesellschaft kennt bekanntlich keine derartige Bestimmung.

Kollektivgesellschaft. Wird aber eine Kontrollstelle errichtet, so greifen die Vorschriften des Aktienrechtes Platz (Art. 819).

Aus diesem ständigen Wechsel kollektivgesellschaftlicher und aktienrechtlicher Normen lassen sich für die GmbH. folgende drei algemein geltenden Prinzipien herausschälen:

1. Die Gschäftsführung steht grundsätzlich allen Gesellschaftern zu.[6] Das Recht und die Pflicht der Geschäftsführung ist wie bei der Kollektivgesellschaft eine Eigenschaft des Gesellschafters.[7]

2. Durch die Statuten oder durch Gesellschaftsbeschluß kann eine andere Regelung getroffen werden. Die nicht zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Gesellschafter gehen dadurch ihres Rechtes auf die Geschäftsführung verlustig.

3. Das Gesetz entbehrt einer einheitlichen Ordnung. Für die Geschäftsführung in der GmbH. gelten sowohl Normen aus dem Bereich der Kollektivgesellschaft wie der AG. Eine reine Trennung zugunsten des einen oder andern Organisationstypus wurde nicht durchgeführt.[8]

Daraus ergibt sich der Aufgabenkreis des folgenden Teiles der vorliegenden Arbeit. Es soll die Rechtsstellung des Geschäftsführers in ihren Möglichkeiten und Auswirkungen dargestellt werden. Es soll untersucht werden, wo und in welchem Maß die verschiedenen Vorschriften aus dem Gebiet der Kollektivgesellschaft und der AG. anzuwenden sind, und gegebenenfalls gezeigt werden, was spezifisch dem Recht der GmbH. zu eigen ist. Obwohl dem Gesetzgeber die individualistische GmbH. als wichtigster Anwendungsfall vorgeschwebt hat, kann im Zweifel nicht grundsätzlich das Recht der Kollektivgesellschaft angewendet werden. Es muß in jedem Einzelfalle geprüft werden, ob die individualistische oder

[6] Wieland bezeichnet dies als den „springenden Punkt" der GmbH. Protokoll Seite 504.

[7] a. M. Hachenburg, Z. f. schw. R. 55 S. 334.

[8] Scherer (S. 100) bezeichnet die GmbH. in drastischer, aber nicht unzutreffender Weise als das „Kreuzungsprodukt einer individualistischen Personenverbindung und einer Kapitalgesellschaft", als den „Bastard einer Kollektivgesellschaft und einer Aktiengesellschaft", als „eine Art juridisches Maultier".

kollektivistische Seite vorwiegt.[9] Für die Untersuchung wird es nützlich sein, von einem bestimmten Statut auszugehen. Der gesetzliche Normalfall des Art. 811 Abs. 1 soll als Grundlage für die folgenden Ausführungen dienen. Er soll überall dort gelten, wo nicht ausdrücklich eine Abweichung vermerkt wird.

[9] vergl. Hachenburg, Kommentar, Allgemeine Einleitung Anm. 7; derselbe Z. f. schw. R. 55 S. 334.

Hauptteil

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers in der Gesellschaft m.b.H. in ihren einzelnen Beziehungen und Auswirkungen

I. Die Organstellung

1. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der GmbH.

Die GmbH. ist juristische Person.[1] Mit dieser gesetzlichen Feststellung ist jedoch wenig gewonnen. Wenn wir uns mit der Organstellung des Geschäftsführers und demzufolge mit dem Begriff des Organs auseinandersetzen wollen, müssen wir uns notwendigerweise über die juristische Person im klaren sein. Es ist hier nun nicht beabsichtigt, erneut auf die Frage der Handlungsfähigkeit der juristischen Person einzugehen. Unserer Aufgabe ist gedient, wenn es uns gelingt aufzuzeigen, von welcher Auffassung die juristische Person bei uns im geltenden Recht getragen ist. Die Frage lautet also nicht, ob die juristische Person handlungsfähig, rechtsfähig, willensfähig sei, denn das wird vorausgesetzt, sondern wie sich ihre Aeußerungen vollziehen. Daß wir aber auch hier auf keine einheitliche Auffassung stoßen werden, ist weiter nicht verwunderlich und durch die Natur der Frage bedingt. Die Konstruktionen über das Wesen der juristischen Person haben keinen rein rechtlichen Charakter, sie sind im Grunde nur Ausdruck verschiedener Weltanschauungen.[2] Darum hat auch die Normierung der juristischen Person im Gesetz dem Streit kein Ende bereitet. Wohl ist bekannt, daß der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der

[1] Art. 783 Abs. 1.

[2] Fehr, Das kommende Recht, S. 4; Goldschmidt S. 10.

juristischen Person auf dem Boden einer bestimmten Theorie, der Organtheorie, stand.[3] Allein die gesetzliche Regelung ist so, daß sie weder in ihrer Ausdrucksweise noch in ihrem Inhalt eine Festlegung auf eine bestimmte Theorie bedeutet.[4] Nach Gierke ist die juristische Person ein reales Wesen, ein sozialer Organismus, der nicht nur kraft einer Fiktion besteht. Sie besitzt eigene Willens- und Handlungsfähigkeit und ist damit auch deliktsfähig. In dem Tätigwerden ihrer Organe handelt die juristische Person selber. Die Organe stehen nicht außerhalb der Verbandspersönlichkeit, sondern sind ein Teil dieser selbst.[5] „Das Gemeinwesen deckt sich als wollende und handelnde Persönlichkeit vollkommen mit dem dabei fungierenden Organ, es wird als Ganzes durch einen Teil insoweit dargestellt, als eben durch diesen Teil das einheitliche Leben des Ganzen sich vollzieht.“[6] Sofern es sich um verfassungsmäßige Handlungen ihrer Organe handelt, d. h. sofern die Organe verfassungsmäßig bestellt wurden und innerhalb ihrer Zuständigkeit handeln, haben wir es mit Lebensäußerungen der juristischen Person selber zu tun.[7] Darum geht die Handlungsfähigkeit der juristischen Person so weit als die Kompetenz der Organe reicht. Innerhalb einer verfassungsmäßigen Handlung ihrer Organe wird eine Verbandspersönlichkeit auch für unerlaubte Handlungen verpflichtet.[8] Es ist eine Haftung für eigenes Verschulden, eine Haftung der juristischen Person für i h r Handeln. Dagegen werden alle unerlaubten Handlungen der Organe, die sie außerhalb ihrer Organstellung begehen, nur ihnen als schuldhaft handelnde Individualpersonen angerechnet.

Die Lehre Gierkes wurde vielfach als zu extrem empfunden. Sie mußte sich durch eine kritische Auslegung des Gesetzestextes eine Abschwächung oder Umwandlung gefallen lassen. Insbesondere

[3] Eugen Huber, Erläuterungen zum VE des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements des schweiz. ZGB. Bern 1904 S. 5 - BGE 31 II 710; 48 II 9.

[4] Egger, Komm. z. Art. 54 ff. Vorbem. N. 13.

[5] Gierke S. 624.

[6] Gierke S. 625.

[7] Gierke S. 672.

[8] Gierke S. 745 ff.

befriedigte nicht die Vorstellung, daß die Handlungen der Organe zugleich solche der juristischen Person seien. Die Existenz der Verbandspersönlichkeit wurde nicht angezweifelt. Jedoch sieht die in der neueren Literatur[9] vertretene Abstraktionstheorie in der juristischen Person kein Naturwesen, sondern eine Abstraktion aus wirklich Vorhandenem, wie Mitglieder, Vorstände, gewisse Vermögensmassen. „Juristische Person" bedeutet Gebundenheit bestimmter Menschen und Güter für bestimmte sachliche Zwecke.[10] Damit ist auch der natürlichen Handlungsfähigkeit der juristischen Person ein Ende bereitet. Sie ist handlungsfähig, weil ihr vom Gesetz die rechtliche Fähigkeit zum Handeln verliehen wurde, und kraft dieser Ordnung ist bestimmt, daß Wille und Handeln der Organe der juristischen Person zugerechnet werden.[11] Durch gesetzmäßige Handlungen ihrer Organe wird die juristische Person verpflichtet und berechtigt. Nur auf Grund der gesetzlichen Ordnung kommt ihr die Haftung für Delikte ihrer Organe zu, denn ihr fehlt ja die nötige Voraussetzung dazu, die Schuldfähigkeit. Es ist dies eine Schadenszurechnung ohne Verschulden,[12] eine gesetzliche Billigkeitshaftung für fremde Schuld. Der verursachte Schaden entsteht aus der Verfolgung der Verbandsinteressen. Deshalb soll die juristische Person auch den Schaden tragen. Die Haftung für rechtswidriges Verhalten der Organe ist keine begriffliche Notwendigkeit, sondern ein praktisches Postulat.[13] Sie entspringt dem Grundsatz der gerechten Schadensverteilung.

2. Begriff und Aufgaben des Organs

Weil der juristischen Person die natürliche Handlungsfähigkeit fehlt, bedarf sie zu ihrer Zweckverfolgung der Organe.[14] Die Zu-

[9] vergl. Burckhardt, Organisation S. 307 ff., Egger, Komm. z. Art. 52 ff. ZGB, Wieland I § 35.

[10] vergl. Goldschmidt S. 11.

[11] Kreis S. 25 und die dort Zitierten.

[12] Egger, Komm. z. Art. 54/55 ZGB. N. 2.

[13] Burckhardt S. 423.

[14] BGE 48 II 9: Organe sind alle diejenigen Personen bzw. Personeneinheiten, die nach der durch Gesetz oder Statuten gegebenen Organisation notwendig sind, damit die juristische Person nach außen handelnd auftreten kann.

ständigkeit der Organe, ihre Aufgaben und ihr Wirken werden bestimmt durch die Organisation.[15] Danach kann man gemeinhin drei Arten von Organen unterscheiden: willensbildende, willensausführende und kontrollierende Organe.[16] Das Organ, mit dem wir es im folgenden zu tun haben, gehört zu den willensausführenden. Die Geschäftsführer sind geschaffen, um für die GmbH. zu handeln und dabei den Willen der Gesellschafter auszuführen.

Die begriffliche Grundlage, von welcher das Organ seine Stellung ableitet, ist in der Vollmacht, der gewillkürten Stellvertretung zu suchen. Der Stellvertreter vertritt in seinem Handeln Einzelne oder eine Mehrheit von Personen, das Organ handelt verbindlich für eine Organisation.[17] Der prinzipielle Unterschied liegt in der Ausschließlichkeit der Vertretung bei der Organisation. Indem die zur Organisation gehörenden Mitglieder die Betätigung bestimmter Rechte und Pflichten einem Organ anvertrauen, schließen sie sich selbst von der Betätigung aus. Bei der Bestellung eines Vertreters hingegen bleibt der Vertretene weiterhin berechtigt, die selben Rechtsverhältnisse durch seine persönliche Betätigung zu begründen. Der Vertreter schließt den Vertretenen nicht aus. Die Eigenart der juristischen Person besteht darin, daß ein Personenkreis durch Zusammenschluß und Errichtung einer Organisation die Ausübung bestimmter Rechte und Pflichten einem Organ ausschließlich überläßt. Als Folge davon berechtigt und verpflichtet das Organ immer die Gesamtheit der Verbandsmitglieder zugleich und nicht bloß Einzelne persönlich.[18] Das Organ bietet Gewähr für ein einheitliches und abschließendes Handeln der juristischen Person.

Wir haben oben[19] schon darauf hingewiesen, daß die juristische Person ein Zweckverband ist. Sie hat ihre Rechtsfähigkeit, um die

---

[15] Egger, Komm. z. Art. 54/55 N. 5.

[16] Die Unterscheidung ist recht oberflächlich und wird hier nur gemacht, um unsern Aufgabenbereich abzugrenzen. In Wirklichkeit überschneiden sich die einzelnen Funktionen oder decken sich sogar.

[17] Burckhardt S. 312.

[18] Burckhardt S. 312/13.

[19] vergl. S. 16.

ihr zugeschriebenen Zwecke verfolgen zu können. Darum kann sie auch nur innerhalb ihres Verbandszweckes handelnd auftreten. Die Organe können die juristische Person nur in solchen Rechten und Pflichten vertreten, die dem Zweck der Körperschaft entsprechen. Der Tätigkeitsbereich der Organe sieht seine Grenzen in der Handlungsfähigkeit der juristischen Person.[20] Innerhalb dieser Grenzen bedeutet jedes verfassungsmäßige Handeln der Organe eine gesetzliche Berechtigung oder Verpflichtung der Verbandsperson.

Die Organe sind Träger von selbständigen Kompetenzen, von Funktionen der Gesamtperson.[21] Unter Organ verstehen wir die abstrakte Institution als solche, welche im Gesetz als „die Geschäftsführer" oder „Geschäftsführung" genannt ist. Sie ist ein Teil der gedanklichen, abstrakten Einheit der juristischen Person, selbst eine organisatorische Institution,[22] ein Glied im Gebilde des Gesamtorganismus. Das Organ seinerseits wird von einer oder mehreren physischen Personen gebildet; man nennt sie „Organträger". Sie machen zusammen in ihrer rechtlichen Beziehung zu einander und zur juristischen Person die organisatorische Einheit des Organs aus. Diese rechtliche Einfügung in den Verbandsorganismus und die Notwendigkeit der Zugehörigkeit dazu ist begriffsbestimmend. Eine Betätigung der juristischen Person muß ohne den Organträger ausgeschlossen sein. Die Stellung des Organträgers ist in der Organisation verankert. So unterscheidet man ihn von den Hilfspersonen, die ihre Stellung nicht aus Gesetz oder Statut ableiten, sondern aus einer Berufung durch ein Organ oder einen Organträger.[23]

Die Organträger sind physische Personen, welche den Rechtsverkehr mit der juristischen Person vermitteln. Indem sie für die

---

[20] Im Vergleich zur Organtheorie ist die Handlungsfähigkeit hier beschränkt. Nach der Organtheorie geht die Handlungsfähigkeit der Körperschaft ebenso weit wie diejenige der natürlichen Person. Daß unser neues OR. diese Auffassung bewußt ablehnt (vergl. z. B. Art. 718), ist ein Zeichen dafür, wie die Organtheorie langsam aus unserer Gesetzgebung entschwindet.

[21] Wolfers S. 3.

[22] Kreis S. 28.

[23] vergl. Wertheimer S. 71/72; Kreis S. 35; BGE 55 II 27.

Verbandsperson tätig werden, stellen sie ihre eigene Interessenssphäre zurück und handeln nur noch für und innerhalb der Organisation als Organ. Sie berechtigen und verpflichten nicht sich, sondern die juristische Person. Voraussetzung dabei ist, daß sie im Bereiche ihrer Zuständigkeit handeln.[24]

Die innere Organisation der juristischen Person wird teils durch das Gesetz, teils durch die Statuten geregelt.[25] Aus diesen beiden Ordnungen läßt sich die Kompetenz der Geschäftsführer einer GmbH. ableiten. Die Geschäftsführer sind zuständig für die Geschäftsführung und die Vertretung. Obgleich sie einem andern Organ, der Gesellschafterversammlung, untergeordnet sind, stehen sie als Organ im Dienste der Gesellschaft. Sie sind für die Erfüllung ihrer Aufgaben nicht den einzelnen Gesellschaftern, sondern nur der Gesellschaft verantwortlich,[26] denn sie handeln in deren Interesse. Bei ihrer Tätigkeit ist bestimmend, daß sie mit dem Zweck der juristischen Person im Einklang steht. Nur wenn dies zutrifft, erfüllen die Geschäftsführer ihre Aufgaben, die ihnen im übrigen durch Gesetz oder Statuten vorgeschrieben sind. Gegenüber andern Organen der Gesellschaft nimmt die gesetzliche oder statutarische Ordnung eine Abgrenzung vor, um eine Doppelspurigkeit im Handeln zu vermeiden.

Nachdem hier im großen Ueberblick die Organstellung des Geschäftsführers gezeichnet worden ist, soll es Aufgabe der folgenden Kapitel sein, Begründung, Umfang und Inhalt der Geschäftsführerstellung zu untersuchen.

---

[24] BGE 48 II 9.
[25] Tuor S. 99.
[26] Vigier S. 20.

II. Die Begründung der Rechtsstellung als Geschäftsführer

1. Die Voraussetzungen in der Person des Geschäftsführers

a. Physische Persönlichkeit

Es war lange umstritten, ob nur physische Personen zur Geschäftsführung und Vertretung zugelassen sein sollten, oder ob die aktive Leitung einer Gesellschaft auch von einer juristischen Person ausgeübt werden könne.[1] Das rev. OR. hat diese bedeutsame Streitfrage endgültig entschieden. Art. 815 Abs. 2 bestimmt:

> „Gehören der Gesellschaft zur Vertretung ermächtigte Handelsgesellschaften oder Genossenschaften an, so sind im Handelsregister die natürlichen Personen einzutragen, denen die Vertretungsbefugnis für die GmbH. zustehen soll."

Somit können einzig und allein physische Personen zu Geschäftsführern bestellt werden. Es mag seltsam klingen: Der juristischen Person wird ein Recht auf die Geschäftsführung zuerkannt, wie dieses Recht einem jeden Mitglied der GmbH. zusteht, aber sie darf es als solche nicht ausüben.[2] Die Zulassung der juristischen

---

[1] Hauptsächlich Feine (S. 473) und Molitor („Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer AG., ihre Voraussetzungen und Folgen", in Festschrift für Victor Ehrenberg, Leipzig 1927, S. 55) vertraten die These, daß der Geschäftsführer sowohl physische wie juristische Person sein könne. Desgleichen für das schweiz. Recht: Simonius, „Die juristische Person als Mitglied eines Verwaltungsrates" in Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe für Karl Wieland), Basel 1934, S. 387. - Der größere Teil der Literatur verneint die Geschäftsführungsmöglichkeit durch die jurist. Person, so Egger, Komm. z. Art. 53 ZGB. N. 8; Hachenburg Anm. 18 z. § 66; Wieland II S. 121; Kolb S. 32; Förtsch Anm. 2 z. § 6; Merk S. 10; Müller S. 21; Scheinmann S. 9. - BGE 58 II 379.

[2] Ganz deutlich ist hier das Aktienrecht (Art. 707 Abs 3): „Ist an der Gesellschaft eine juristische Person . . . . beteiligt, so ist sie als solche nicht als Mitglied der Verwaltung wählbar, dagegen können an ihre Stelle ihre Vertreter gewählt werden."

Person zur Geschäftsführung würde bedeuten, daß ihrem jeweiligen Organträger die Ausübung des Amtes obläge. Der betreffende Organträger wäre also zugleich Organ der juristischen Person und, in deren Eigenschaft als geschäftsführendes Mitglied, Geschäftsführer der GmbH. Rechtlich ist diese Konstruktion denkbar und sie wird auch von den extremen Vertretern der Organtheorie aufs heftigste verfochten.[3] Ihre Folge aber wäre, daß die der GmbH. angehörende juristische Person zu bestimmen hätte, welche physische Person oder gar Personen Organträger der Gesellschaft sein sollen. Dies ist unvereinbar mit der Rechtsstellung eines Geschäftsführers in der GmbH. Er nimmt in der Gesellschaft eine Vertrauensstellung ein und daher muß die Gesellschaft zum mindesten wissen, wer diesen Posten ausfüllt. Sie allein darf über eine allfällige Bestellung zum Geschäftsführer oder über einen Wechsel in dessen Person entscheiden. Daher hat sich der Gesetzgeber zu dem unvermeidbaren Kompromiß des Art. 815 Abs. 2 entschließen müssen. Prinzipiell hat eine juristische Person das Recht auf die Geschäftsführung, sie darf es aber nur mittels ihrer, durch die GmbH. bestätigten Organe ausüben.[4] Diese werden persönlich Mitglieder des Geschäftsführungsorgans; sie sind aber gewählt worden in ihrer Eigenschaft als Vertreter ihrer Gesellschaft und müssen deshalb das Amt niederlegen, wenn ihnen jene Vertreterstelle nicht mehr zukommt. Es handelt sich bei dieser Lösung weniger um rein rechtliche Erwägungen, sondern — wie das Bundesgericht[5] zutreffend erkannt hat — um die Entscheidung, ob der juristischen Person tatsächlich jene Fähigkeiten zukommen, die für die richtige Erfüllung der Geschäftsführungspflichten erforderlich sind. Da dies aus Gründen der Rechtssicherheit und nicht zuletzt aus der Forderung nach dem Schutz des Unternehmens verneint werden muß, ist der Entscheid und die gesetzliche Vorschrift nur zu begrüßen.

---

[3] Die Lehre vom sog. sekundären Organ; vergl. Feine und Molitor a.a.O.

[4] „Juristische Personen können — im Gegensatz zu ausländischen Rechten — der Verwaltung nicht angehören; an ihre Stelle sind ihre Vertreter wählbar." Ständerat Thalmann als Referent, Bulletin des Ständerats 1931, S. 562.

[5] BGE 58 II 382.

Für die GmbH. mit ihrem betont individualistischen Charakter wäre eine andere Regelung kaum denkbar.

b. Handlungsfähigkeit

Die Bestellung des Geschäftsführers ist ein interner Akt des Gesellschaftslebens. Die Gesellschaft kann an sich jede Person, die ihr genehm ist, zum Geschäftsführer machen. Nun treten aber die Gewählten später als Organ der Gesellschaft im Geschäftsleben auf. Sie erhalten mit der Pflicht zur Geschäftsführung auch das Recht, die Gesellschaft durch ihre Handlungen zu binden. Es besteht daher ein gewisses Verkehrsinteresse, daß nur solche Personen Geschäftsführer werden, die den gestellten Anforderungen genügen. Sie müssen rechtlich erheblich handeln können. Unbestrittene Voraussetzung für die Bestellung zum Geschäftsführer ist demnach die Handlungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Person. Von jeher umstritten ist daher die Frage, welcher Grad von Handlungsfähigkeit erforderlich ist, ob auch der beschränkt Handlungsfähige zur Geschäftsführung zugelassen ist. Beschränkt handlungsfähig ist, wer unmündig oder entmündigt, aber urteilsfähig ist.[6] Der beschränkt Handlungsfähige ist deliktsfähig, er kann sich aber aus Rechtsgeschäften nicht verpflichten. Doch wird bei Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters die fehlende Verpflichtungsfähigkeit aufgehoben. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist möglich als vorausgehende Einwilligung, als Ermächtigung, oder als nachträgliche Genehmigung. Sie ist möglich nur für einzelne bestimmte Handlungen, sie kann auch erteilt werden für einen ganzen Kreis übersehbarer, insbesondere durch ihren Zweck umgrenzte Geschäfte.[7] Die Frage, ob ein beschränkt Handlungsfähiger zur Geschäftsführung einer GmbH. zugelassen werden kann, wird beantwortet, wenn man untersucht, ob der Geschäftsbereich des Geschäftsführers übersehbar und bestimmbar ist. Für die Mehrzahl der Gesellschaften mbH. ist dies möglich. Die Tätigkeit des Geschäftsführers läßt sich durch den in den Statuten vorgeschriebenen

[6] ZGB. Art. 19.

[7] Art. 410 - Egger, Komm. z. Art. 19 ZGB. N. 18; Kaufmann, Kommentar zum Vormundschaftsrecht (Familienrecht, 3. Abt.) Art. 410 N. 15.

Gegenstand der GmbH. und durch die gesetzliche oder statutarische Umschreibung der Rechte und Pflichten im voraus bestimmen. Im Interesse einer allgemeingültigen Lösung ist daher zu entscheiden, daß dort, wo der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung zur Wahl gegeben und die generelle Ermächtigung erteilt hat,[8] ein beschränkt Handlungsfähiger die Geschäftsführerfunktionen ausüben darf.[9] Immerhin sind die Bedenken gegen diese Auffassung nicht unbegründet.[10] Die Praxis des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister anerkennt die Zulässigkeit der Wahl beschränkt Handlungsfähiger und gestattet die Eintragung urteilsfähiger Minderjähriger.[11]

Die Gesellschaft kann aus der Minderjährigkeit des Geschäftsführers Dritten gegenüber kein Recht herleiten. Die Wirkungen des Handelns beschränkt Handlungsfähiger äußern sich ausschließlich in der Person des Vertretenen. Der Minderjährige haftet intern der Gesellschaft wie jeder andere Geschäftsführer, vorbehalten bleiben allerdings die Ansprüche gegenüber dem Vormund aus dessen Verantwortlichkeit (Art. 412 und 409 Abs. 2).

Die Zulassung Minderjähriger zur Geschäftsführung ist vor allem vom Gesichtspunkt der Familien-GmbH. sehr erwünscht. Da-

---

[8] Da es sich bei der Ausübung der Geschäftsführertätigkeit um einen Beruf handelt, ist außerdem noch die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde erforderlich, Art. 412 ZGB.

[9] Hachenburg Anm. 38 z. § 35; Kolb S. 27; Egger, Komm. z. Art. 19 ZGB. N. 19: „Der nach Art. 19 Handlungsunfähige kann sich auf Grund seiner Urteilsfähigkeit für andere als Stellvertreter rechtsgeschäftlich betätigen, auch als Handlungsbevollmächtigter, als Prokurist, als Organ einer juristischen Person."

[10] Siegwart (Komm. z. Art. 563 N. 1 u. Art. 530 N. 5) spricht einem beschränkt Handlungsfähigen einfachen Gesellschafter die Vertretungsbefugnis zu, da sie ungefähr mit derjenigen übereinstimme, die beim einfachen Gesellschafter vermutet wird. Bei der Kollektivgesellschaft sei jedoch die vermutete Vertretungsbefugnis viel weiter und daher dem beschränkt Handlungsfähigen nicht zu billigen.

[11] Schreiben des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 23. September 1929 in Zeitschrift des Bern. Juristenvereins Bd. 66 S. 284 — Abweichendes Urteil der Justizdirektion des Kt. Bern in SJZ. Bd. 20 (1923/24) S. 292.

durch wird es dem noch unmündigen Sohn ermöglicht, beim Tode seines Vaters dessen Unternehmen als Leiter fortzuführen, gegebenenfalls an der Seite eines Fachmannes als Mitgeschäftsführer und Berater.

c. Der Wohnsitz in der Schweiz

Hat die GmbH. nur einen einzigen Geschäftsführer, so muß dieser in der Schweiz wohnhaft sein. Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, so muß einer davon den Wohnsitz in der Schweiz haben.[12] Diese Bestimmung ist zwingend und das Gesetz hat sie mit einer Sanktion ausgestattet: Der Handelsregisterführer muß bei Nichterfüllung eine Frist ansetzen zur Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erklärt er die Gesellschaft von Amtes wegen für aufgelöst.

Die Expertenkommission glaubte anfangs ohne jede Wohnsitz- oder wenigstens Nationalitätsbestimmung auskommen zu können, da bei der GmbH. im Gegensatz zur AG. die persönlichen Verhältnisse überwiegen. Man hielt auch im Bundesrat nicht viel von einer solchen Schutzbestimmung, die ja doch dort, wo sie wirken sollte, durch Strohmänner umgangen würde.[13] Schließlich gelangte man „gewissermaßen als Kompromißlösung" dazu, das Wohnsitzerfordernis wenigstens für einen der Geschäftsführer zu verlangen.[14] Es muß abgewartet werden, ob diese Vorschrift in Verbindung mit den Haftungsbestimmungen im Stande ist, der GmbH. in der Schweiz die nötige Sicherheit zu verschaffen.[15] Allen Auswüchsen im voraus zu steuern ist unmöglich. Jedoch hat schon die bisherige Erfahrung bei der AG. gezeigt, daß es nicht ohne Tücke ist, sich als Strohmann vor eine Gesellschaft zu stellen, die in Wirklichkeit vom Ausland her verwaltet wird.[16] Die Verantwortlichkeitsbestimmungen des rev. OR. sollten eine mißbräuchliche Anwendung der Wohnsitzbestimmung einigermaßen verhindern und eine strengere Regelung erübrigen.

---

[12] Art. 813 Abs. 1.
[13] Egger, SJZ. 34 S. 37.
[14] Bulletin Ständerat, 1931, S. 632.
[15] Das deutsche GmbH.-Gesetz kennt weder Wohnsitz- noch Nationalitätserfordernis.
[16] Egger a. a. O.

2. Die Eintragung in das Handelsregister

Der Wortlaut des Art. 811, Abs. 1 („Alle Gesellschafter sind zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet, sofern nicht etwas anderes bestimmt ist") könnte an sich zu der begründeten Vermutung Anlaß geben, daß gleich wie bei der Kollektivgesellschaft nur eine von der gesetzlichen Regel abweichende Bestimmung ins Handelsregister einzutragen sei. Dies ist nicht der Fall. Das Gesetz knüpft die Erlangung des Rechtes der Persönlichkeit für die GmbH. an die Eintragung in das Handelsregister. Da aber der Eintrag sowohl die Namen der Geschäftsführer, ihren Wohnort und ihre Staatsangehörigkeit, wie auch die Art der Ausübung der Vertretung enthalten muß (Art. 781 Zif. 7 u. 8),[17] ist der Handelsregisterführer angewiesen, einer GmbH. die Eintragung zu verweigern, falls diese Angaben nicht gemacht werden. Es sind also auch dort, wo alle Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam ausüben, die Geschäftsführer im Handelsregister zu bezeichnen, um ihrer Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gesetzliche Gültigkeit zu verleihen.

Diese Ordnung scheint im Widerspruch zu stehen mit den Grundlinien, die der Gesetzgeber sonst bei der Ausgestaltung der Organisation der GmbH. befolgte. Man hätte sich konsequenterweise gewünscht, daß in Anlehnung an das Recht der Kollektivgesellschaft nur eine von der gemeinsamen Geschäftsführung aller Gesellschafter abweichende Regelung ins Handelsregister einzutragen sei, zumal die in Art. 781 Zif. 4 aufgestellte Vorschrift[18] in Verbindung mit Art. 811 Abs. 1 vollauf genügt hätte, um die Geschäftsführer nach Person und Funktion festzulegen. Bedenkt man aber, daß in den meisten Fällen die Uebertragbarkeit eines Gesellschaftsanteiles nicht ausgeschlossen ist und der Neuerwerber

---

[17] Die gleichen Angaben müssen schon aus der Anmeldung ersichtlich sein, Art. 780 Ziff. 3 u. 4.

[18] Der Art. lautet: „In das Handelsregister sind einzutragen . . . der Name, der Wohnort und die Staatsangehörigkeit jedes Gesellschafters, für juristische Personen die Firma und der Sitz . . ."

die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nicht ohne weiteres erhält, so wird die gesetzliche Regelung durchaus verständlich, ja sogar notwendig. Allerdings wird — indem das Gesetz für die gemeinschaftliche Geschäftsführung aller Gesellschafter das gleiche Gültigkeitserfordernis aufstellt wie für jede andere Geschäftsführungsart — die Bedeutung des Art. 811 eine rein subsidiäre. Nur noch in jenen seltenen Fällen, wo durch irgend ein Versehen kein Geschäftsführer eingetragen ist, oder die Art der Ausübung der Vertretung nicht bezeichnet wurde, tritt er in Funktion. Er gilt im Zweifel, nicht aber als Grundregel. Die rein individualistische Ausgestaltung der GmbH. auf Grund der Selbstorganschaft wird durch Art. 811 noch nicht begründet, sondern nur ermöglicht. Erst durch den entsprechenden Eintrag in das Handelsregister kann das gewünschte Ergebnis erreicht werden. Es ist darum festzuhalten, daß für die Begründung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, gleich ob es sich um die Ermächtigung aller Gesellschafter oder nur einzelner oder auch von Drittpersonen handelt, für die externe Wirksamkeit prinzipiell ein entsprechender Eintrag im Handelsregister vorhanden sein muß.[19]

3. Die Begründung der Geschäftsführerstellung im internen Gesellschaftsverhältnis

Der Gesellschafter der GmbH. ist Geschäftsführer seiner Gesellschaft insofern, als seine Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht vermutet wird und von Gesetzes wegen mit einem bestimmt umschriebenen, uneinschränkbaren Inhalt ausgestattet ist.[20] Gewillkürter Vertreter ist er aber insofern, als die gesetz-

[19] In dieser Beziehung d. h. in formeller Hinsicht besteht gegenüber der deutschen GmbH. kein Unterschied. § 6 des deutschen Gesetzes sagt: „Die Gesellschaft muß einen oder mehrere Geschäftsführer haben." Als Gründungsvorschrift hat dies den Sinn, daß die Gesellschaft nicht eingetragen werden darf, wenn der Geschäftsführer nicht bestellt ist. Eine Gesellschaft ohne Geschäftsführer ist vom Registerbeamten zurückzuweisen. — vergl. Hachenburg Komm. z. § 6 Anm. 1.

[20] Feine S. 466.

liche Vermutung durch Statut oder Gesellschafterbeschluß abgeändert werden kann. Da das Gesetz außerdem die Möglichkeit gibt, sowohl Gesellschafter wie Nichtgesellschafter zur Leitung zu berufen, lassen sich gemäß ihrer Entstehungsart und personalen Zusammensetzung vier Gruppen von Geschäftsführern unterscheiden.[21] Die Geschäftsführung tritt in Erscheinung:

1. als gesetzlicher Normalfall: Alle Gesellschafter sind zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet.
2. als Sonderrecht Einzelner: Einem oder mehreren Gesellschaftern ist die Geschäftsführung übertragen.
3. als gemischtes System: Die Geschäftsführer setzen sich aus Gesellschaftern und Nichtgesellschaftern zusammen.
4. als absolute Drittorganschaft: Die Geschäftsführung wird ausschließlich von Nichtgesellschaftern ausgeübt.

Aus dieser Einteilung ergeben sich entsprechende Abstufungen in der Berufsmöglichkeit und Rechtsstellung des Geschäftsführers. Sie variieren vom gesellschaftsvertraglichen und unentziehbaren Recht auf die Geschäftsführung bis zur dienstvertraglichen und jederzeit entziehbaren Befugnis. Es ist darum von Fall zu Fall zu untersuchen, ob die für den gesetzlichen Normalfall aufgestellten Regeln auch passen oder nicht. Soweit die Geschäftsführung dem Gesellschafter im Sinne eines gesellschaftlichen Rechtes und einer gesellschaftlichen Pflicht zusteht, richtet sich ihre Begründung nach den Grundsätzen der Kollektivgesellschaft. Soweit der Geschäftsführer nur vertraglich angestellter Dritter ist, finden auf seine Bestellung die aktienrechtlichen Grundsätze Anwendung. Eine Mittelstellung nimmt der Gesellschafter ein, der die Geschäftsführung als Sonderrecht übertragen erhalten hat.

---

[21] Diese Unterscheidung hat zum Maßstab lediglich das Objekt der Geschäftsführungsbefugnis, den Geschäftsführer. Auf Art und Weise der Ausübung ausgedehnt, ließe sich jede der obigen Gruppen um etliche vermehren. Vergl. S. 66.

a. Die Geschäftsführung als gesellschaftliches Recht und als gesellschaftliche Pflicht

Der Gesellschafter der schweizerischen GmbH. ist von Gesetzes wegen zur Geschäftsführung berechtigt und eo ipso auch dazu verpflichtet. Es wurde oben[22] schon darauf hingewiesen, daß durch die notwendige Formvorschrift unseres Gesetzes dieser Grundregel nach außen hin nicht die richtige Geltung verschafft wurde und daß diesbezüglich kein Unterschied zur deutschen GmbH. besteht. Erst im Innenverhältnis ist dieser wahrnehmbar. Während das deutsche Gesetz von der Voraussetzung ausgeht, daß die GmbH. Geschäftsführer h a b e n m u ß, und diese daher bestellt werden müssen, steht der schweizerische Gesetzgeber auf dem Standpunkt, daß die GmbH. Geschäftsführer h a t, und zwar in der Person ihrer Gesellschafter. Der Geschäftsführer der schweizerischen GmbH. wird nicht bestellt, er ist es bereits. Er erwirbt mit seiner Gesellschafterstellung zugleich auch Organstellung. Seine Geschäftsführungsbefugnis beruht auf Gesellschaftsvertrag, nicht auf Anstellung. Er hat Anspruch darauf, daß ihm Gelegenheit geboten werde, die ihm zustehende Tätigkeit auszuüben. Umgekehrt kann er von seinen Mitgesellschaftern zur Ausübung seiner Geschäftsführerpflichten angehalten werden. Insoweit unterscheidet sich die Ordnung innerhalb der GmbH. nicht von derjenigen der Kollektivgesellschaft. Ein wichtiger Unterschied besteht jedoch in zwei Punkten:

1. Nicht jeder Gesellschafter ist ohne weiteres Geschäftsführer. Das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung entspringen dem Gesellschaftsvertrag. Deshalb stehen sie prinzipiell nur demjenigen Gesellschafter zu, der die Gründungsurkunde unterzeichnet hat. Allerdings macht das Gesetz zugunsten eines später hinzutretenden Gesellschafters eine Ausnahme.[23] Dieser kann das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung und Vertretung erhalten, wenn sie ihm durch besonderen Gesellschaftsbeschluß übertragen werden.[24]

---

[22] siehe S. 25. [23] Art. 811 Abs. 3.

[24] Der Gesetzgeber mag hier hauptsächlich an die Fälle gedacht haben, wo die Geschäftsführung durch alle Gesellschafter eine Notwendigkeit ist und wo daher durch die Abtretung eines Gesellschaftsanteiles das Fortbestehen der Gesellschaft nicht in Frage gestellt werden soll.

Der neue Gesellschafter wird dann wie ein Gründungsmitglied behandelt. Seine Geschäftsführerstellung kommt durch die nachträgliche Begründung im Gesellschaftsbeschluß rechtlich derjenigen der andern Gesellschafter gleich, wenn sie auch durch den tatsächlichen Vorgang der Berufung von dieser verschieden ist.

2. Während bei der Kollektivgesellschaft jeder einzelne Gesellschafter zur Vertretung ermächtigt ist, läßt die GmbH. mangels anderer vertraglicher Abrede nur die gemeinsame Geschäftsführung und Vertretung aller Gesellschafter zu. Die „gemeinsame Geschäftsführung und Vertretung" ist zweifellos nicht so zu verstehen, daß die Gesellschafter unter allen Umständen gemeinsam handeln müßten.[25] Das „gemeinsam" bezieht sich nur auf das Zustandekommen eines Handlungsbeschlusses, nicht aber auf dessen Ausführung. Da ein solcher Beschluß der Geschäftsführer in unserem Fall einem Beschluß sämtlicher Gesellschafter gleichkommt, richtet sich sein Zustandekommen nach den Vorschriften über die Gültigkeit der Gesellschaftsbeschlüsse allgemein.[26] Wieso das Gesetz diese schwerfällige Form der Geschäftsführung als Grundprinzip aufgestellt hat, ist nicht ganz begründet. Sie wirkt als Hemmschuh und scheint nicht geeignet, den Frieden unter den Gesellschaftern und die Schlagkraft der GmbH. zu fördern. U. E. hätte hier eine volle Anpassung an das Recht der Kollektivgesellschaft den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken eher entsprochen.[27] Eine Doppelspurigkeit im Handeln der einzelnen Geschäftsführer[28] wäre ebensowenig wie bei der Kollektivgesellschaft zu befürchten gewesen, da ja normalerweise der kleine Kreis der Gesellschafter und der persönliche Aufbau der Gesellschaft genügende Sicherheit bietet.

---

[25] vergl. Corradini S. 33/34.

[26] Falls keine andere Abrede getroffen wurde, gilt Art. 808 Abs. 3: Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

[27] Das Recht eines Gesellschafters zur Geschäftsführung ohne Mitwirkung der andern findet von vorneherein seine Beschränkung in dem Recht jedes Geschäftsführers, einer beabsichtigten Handlung zu widersprechen. Vergl. Iklé S. 43, siehe unten S. 76 ff.

[28] Burckhardt, Organisation S. 314.

b. Die Uebertragung an einzelne Gesellschafter

Die Geschäftsführung und Vertretung kann durch Statuten oder Gesellschaftsbeschluß einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen werden (Art. 812 Abs. 2). Wir haben festgestellt, daß prinzipiell die Geschäftsführung allen Gesellschaftern zukommt. Daher kann man nicht eigentlich von Uebertragung sprechen für den Fall, daß es sich um die Geschäftsführung einzelner Gesellschafter handelt, da dieses Recht ja bereits kraft Gesetz jedem Einzelnen zusteht. Die Uebertragung bedeutet hier vielmehr einen freiwilligen Ausschluß der übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung. Für den einzelnen Gesellschafter heißt somit „Uebertragung" der Geschäftsführung eine nicht entzogene, eine überlassene Geschäftsführung.[29] Zur Begründung eines solchen Sonderrechtes[30] bedarf es daher, abgesehen von der Annahme von Seiten des Berechtigten oder Verpflichteten,[31] keines besonderen Rechtsaktes zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer. Notwendig ist lediglich das Vorliegen eines Verzichtes der übrigen Gesellschafter auf ihr mitgliedschaftliches Recht zur Geschäftsführung. Dieser Verzicht kann auf doppelte Weise erfolgen. Einmal, indem bei einer zu gründenden Gesellschaft einzelnen Gesellschaftern von Anfang an keine Geschäftsführungsbefugnis zugesprochen und diese Ausschließung zum Inhalt der Statuten gemacht wird. Mit dem Beitritt zur Gesellschaft erklärt der damit betroffene Gesellschafter seine Zustimmung. Sodann kann die Geschäftsführung auf Grund eines Gesellschaftsbeschlusses Einzelnen überlassen werden. Dazu braucht es absolute Einstimmigkeit.[32] Vom Standpunkt der geschäftsführenden Gesellschafter aus besteht dieses Erfordernis,

---

[29] Iklé S. 53.

[30] Wir sind uns wohl bewußt, daß es hier verfehlt ist, von einem „Sonderrecht" zu sprechen; der Geschäftsführer übt ja nur ein ihm von vorneherein zustehendes Recht aus. Da aber seine Geschäftsführungsbefugnis nach außen den Anschein eines Sonderrechtes erweckt, soll diese einmal eingebürgerte Therminologie beibehalten werden.

[31] Die Annahme erfolgt stillschweigend schon mit dem Beitritt zur Gesellschaft.

[32] Wieland II S. 321.

weil die Uebertragung der Geschäftsführung für sie eine Niederlegung ihres Amtes bedeutet. Diese kann aber nur freiwillig, d. h. mit Zustimmung der Betroffenen erreicht werden.[33] Die Zustimmung des mit der Geschäftsführung zu betrauenden Gesellschafters ist deswegen erforderlich, weil ihm gegen seinen Willen keine Mehrleistung aufgebürdet werden kann.

Mit der erfolgten Uebertragung haben sich die ausgeschlossenen Gesellschafter von jeder Geschäftsführertätigkeit zu enthalten. Sie verlieren das Recht wie die Pflicht[34] der aktiven Beteiligung an der Geschäftsführung. Für den geschäftsführenden Gesellschafter ändert sich nichts. Seine Stellung bleibt nach wie vor die gleiche. Insbesondere sind mehrere Geschäftsführer analog den Vorschriften des Art. 811 Abs. 1 zu behandeln: Sie sind im Zweifel gemeinsam zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet.

c. Die Bestellung eines Nichtgesellschafters

Hatten wir es bei der Begründung der Geschäftsführung, soweit sie auf einen Gesellschafter Bezug nahm, immer mit einem einheitlichen und einzigen Rechtsakt zu tun, — der Geschäftsführer erwarb uno actu Recht und Pflicht zur Geschäftsführung und die Organstellung — so bleibt noch zu untersuchen, welche Rechtslage sich bei der Bestellung eines Nichtgesellschafters ergibt. Der größte Teil der deutschen Doktrin stellt sich hierbei auf den Standpunkt, daß es sich bei der Bestellung nicht um einen, sondern um zwei verschiedene Rechtsakte handle.[35] In der Schweiz wird diese Auffassung mehrheitlich abgelehnt.[36]

---

[33] Von der Entziehung aus wichtigem Grund kann hier abgesehen werden.

[34] Auch die Gesellschaft verliert durch die Ausschließung des Gesellschafters von der Geschäftsführung ihren Anspruch auf dessen Mitarbeit in Dingen, die über den Rahmen normaler Gesellschaftertätigkeit hinausgehen.

[35] Vergl. Feine S. 470; Fischer S. 216; Jul. v. Gierke, Handelsrecht (1926) S. 230; Hachenburg Komm. z. § 35 Anm. 41 ff., Molitor, Die Bestellung zum Vorstandsmitglied . . . S. 48 ff.

[36] Vergl. Kolb S. 8 ff.; Kreis S. 43 ff.; Wieland II S. 123; Wolfers S. 24 ff.

Nach der in der deutschen Literatur vertretenen Auffassung muß eine scharfe Trennung gemacht werden zwischen der Bestellung zum Geschäftsführer einerseits und der Anstellung andererseits. Die Bestellung ist ein sozialrechtlicher Akt, durch den die Verbandsperson ein Organ schafft, der Bestellte Organpersönlichkeit erhält.[37] Sie ist wie jeder sozialrechtlicher Willensakt Rechtsgeschäft, und zwar einseitiges, abstraktes Rechtsgeschäft, nicht Vertrag. Sie gibt dem Berufenen lediglich die Fähigkeit, die Organtätigkeit auszuüben. Irgendwelche Pflichten privatrechtlicher Art erwachsen dem Berufenen durch sie nicht.[38] Durch die Zustimmung zur Bestellung wird der Nichtgesellschafter nur berechtigt, nicht aber gegenüber der Gesellschaft verpflichtet.[39] Die Rechtslage, die durch die Bestellung des Geschäftsführers geschaffen wird, ist jedoch unvollkommen. Die Gesellschaft hat nunmehr zwar einen Geschäftsführer, aber sie hat keinen Anspruch darauf, daß dieser seine Tätigkeit ausübt. Die Pflicht des Geschäftsführers, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, die gesamte Tätigkeit eines Geschäftsführers und Vertreters auszuüben, beruht nicht auf der Bestellung als Organ, sondern auf dem nebenherlaufenden und von der Organstellung unabhängigen kausalen Anstellungsverhältnis.[40] Es handelt sich hier um ein individualrechtliches Verhältnis; zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer kommt ein Vertrag über eine bestimmte Arbeitsleistung zustande. Dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Bestellung und Anstellung entspricht im wesentlichen der Gegensatz von externer Vertretungsmacht und interner Verpflichtung zur Geschäftsführung. Bestellung und Anstellung ergeben zusammen die gesamte Rechtsstellung des Geschäftsführers. Erst wenn beides vorliegt, ist seine Stellung vollkommen. Geschäftsführer sein, bedeutet Bindung der Gesellschaft gegenüber als privatrechtlich gebundener Angestellter und zugleich Berechtigung als Organ.

---

[37] Feine S. 470.

[38] Dagegen hat der Berufene die ihm aus der Organstellung auferlegten Pflichten öffentlich-rechtlicher Art zu erfüllen.

[39] Scheinmann S. 13: Feine (a. a. O.) verneint sogar die Empfangsbedürftigkeit.

[40] Feine S. 470.

Wenn die oben dargelegte Konstruktion für das schweizerische Recht abgelehnt wird, so geschieht es aus praktischen Gründen. Die Trennung in die zwei Rechtsverhältnisse hat nur dann einen Wert, wenn sie auch tatsächlich vorkommt oder zu wichtigen rechtlichen Erkenntnissen führt. Daß dies nicht der Fall ist, beweist der Umstand, daß jeder Schriftsteller die Bestellung wieder anders bestimmt und ihr wieder andere Folgen gibt.[41] Wie wenig zutreffend die Lehre ist, zeigt sich bei der Abberufung eines Organträgers. Es wird angenommen, daß ihm in diesem Fall die Organträgerschaft entzogen wird, während der Anstellungsvertrag weiter bestehen bleibt. Somit ergibt sich die merkwürdige Lage, daß der „Geschäftsführer" zu seiner Tätigkeit weiterhin verpflichtet ist (aus seiner Anstellung heraus), daß er sie aber nicht ausüben kann, weil ihm die nötige Kompetenz, die Organstellung fehlt.[42] Genau so abwegig ist die Vorstellung, daß jemand bloß zum Organ bestellt ist, ohne daß irgend eine pflichtbegründende Bindung zur Gesellschaft besteht.[43] Somit kommen wir zur Ablehnung der deutschen Theorie. Da sich außerdem eine Begründung für das Vorliegen eines einzigen und einheitlichen Rechtsverhältnisses wohl ergibt, besteht für uns doppelt keine Notwendigkeit, die dargelegte Zweiteilung zu vertreten.[44]

Bei dem Rechtsverhältnis, das zwischen der GmbH. und dem Geschäftsführer zustande kommt, handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag. Die Gesellschaft wählt den Geschäftsführer; das ist eine rein innergesellschaftliche Angelegenheit. Mit der An-

---

[41] vergl. Wieland II S. 123 Anm. 15.

[42] Kolb S. 8.

[43] vergl. bei Feine S. 470.

[44] Der ablehnende Standpunkt wird außerdem erklärlich, wenn man sich vor Augen hält, daß die deutsche Doktrin auf dem Boden der Organtheorie steht. Diese mußte zu dem äußerlichen Merkmal des Bestellungsaktes greifen und das Gewaltverhältnis — sei es auf die Verfassung, sei es auf einseitigen Akt der Körperschaft gegründet — als typisch für die Organe bezeichnen (vergl. Wolfers S. 5). — Die Abstraktionstheorie, welche kein konstruiertes „natürliches" Verhältnis zwischen jur. Person und Organträger nötig hat, kann daher auf diese Konstruktion verzichten.

nahme durch den Erwählten vollzieht sich der Abschluß eines Vertrages, durch den der Geschäftsführer zur Arbeitsleistung für die Gesellschaft verpflichtet wird.[45] Eine Bestellung zum Organ braucht nicht noch zu erfolgen, denn durch den abgeschlossenen Vertrag wird der Geschäftsführer in eine Stellung erhoben, der von Gesetzes wegen Organfunktion zusteht. Indem das Gesetz die jedem Gesellschafter zustehende Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis auch Dritten zukommen läßt, bestimmt es eo ipso, daß der Nichtgesellschafter Organstellung einnimmt.[46] Das ist notwendig und klar: Ein Geschäftsführer und Vertreter, der nicht Organträger ist, verdient nicht den Namen „Geschäftsführer" im Sinne des Gesetzes.

Das Vertragsverhältnis, das zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft zustande kommt, kann nicht von vorneherein bestimmt werden. Aus der allgemeinen Natur des Anstellungsverhältnisses, mit dem wir es hier zu tun haben, ergibt sich, daß es sich wohl zumeist um einen Auftrag oder Dienstvertrag handeln muß.[47] Das ist von Fall zu Fall zu untersuchen. Der Vertrag richtet sich im wesentlichen auf die pflichtgemäße Erfüllung derjenigen Aufgaben, die durch die Kompetenzverteilung dem betreffenden Organträger zugewiesen worden sind.[48] Bestehen Zweifel über die Natur des Vertrages, so gilt OR. Art. 394 Abs. 2: Anwendbar sind die Vorschriften über den Auftrag.

Uebt der geschäftsführende Dritte seine Tätigkeit neben geschäftsführenden Gesellschaftern aus, so ist er ihnen gleichgestellt.[49] Im Zweifel steht ihnen allen die Geschäftsführung und Vertretung gemeinsam zu.

Ein Nichtgesellschafter kann auch alleiniger und ausschließlicher Geschäftsführer sein. Seiner Bestellung muß notwendigerweise ein Verzicht der zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter auf Ausübung ihres Rechtes vorausgehen. Die Verzichten-

---

[45] Wieland II S. 123.
[46] Ausdrücklich betont dies das Gesetz, Art. 812 Abs. 2.
[47] vergl. Kreis S. 44.
[48] Wolfers S. 25.
[49] Art. 812 Abs. 2.

den verlieren damit ihren direkten Einfluß auf die Geschäftsführung und können ihre Macht nur noch in für den Geschäftsführer verbindlichen Gesellschaftsbeschlüssen. dem Kontrollrecht und vor allem in der jederzeitigen Entziehung der Geschäftsführung geltend machen.

III. Der Inhalt der Geschäftsführerstellung

1. Unterscheidung von Geschäftsführung und Vertretung

Als Organ der GmbH. hat der Geschäftsführer zwei Funktionen. Einmal liegt die Verwaltung der inneren Angelegenheiten der Gesellschaft, die Führung ihrer Geschäfte in seiner Hand, sodann hat er die Befugnis, die Gesellschaft nach außen hin im Rechtsverkehr mit Dritten zu vertreten. Beides, Geschäftsführung und Vertretung, sind nicht gegensätzliche Begriffe, sie gehen vielmehr teilweise ineinander über. Denn jede Vertretungshandlung des Geschäftsführers enthält zugleich eine Geschäftsführung für die GmbH. Tatsächlich ist daher die Vertretung eine notwendige Erscheinungsform der Geschäftsführung.[1] Sie ist diejenige Geschäftsführungstätigkeit, die sich auf den Rechtsverkehr mit Dritten bezieht. Die volle Geschäftsführung umfaßt daher beides.[2] Rein therminologisch wird „Geschäftsführer" zuweilen zugleich als Bezeichnung für den Vertreter gebraucht.[3] Vermutungsweise unterliegt darum auch beides der gleichen Ordnung. Der Vertrag kann jedoch eine verschiedene Behandlung vorsehen. Da bei der Vertretung wichtige Interessen Dritter mitspielen, nämlich derjenigen

[1] Brodmann Komm. z. § 38 Erl. I.

[2] Siegwart Komm. z. Art. 535 N. 4.

[3] So sagt z. B. Art. 814: „Für den Umfang und die Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers gelten die Bestimmungen . . . .

Personen, die durch Vertreterhandlungen berechtigt oder verpflichtet werden sollen, muß das Gesetz die Vertretung mit stärkeren Schutzmaßnahmen versehen. Die Geschäftsführung mit ihrem innergesellschaftlichen Wirkungsbereich bedarf dieser Sicherungsmittel nicht. Hauptsächlich wegen der externen Wirkung ergibt sich die Unterscheidung der Geschäftsführung in Vertretung einerseits und Geschäftsführung als interne Verwaltungstätigkeit andererseits.

2. Die Vertretung

a. Der Umfang der Vertretungsmacht

Der Geschäftsführer ist grundsätzlich das ausschließliche Vertretungsorgan der GmbH. in Rechtsgeschäften mit Dritten.[4] Er ist Vertreter seiner Gesellschaft im gesamten Rechtsverkehr nach außen, sowohl im privatrechlichen wie im Rechtsverkehr gegenüber den Behörden, insbesondere den Gerichten und dem Handelsregisteramt. Zur Ausübung seiner Funktion ist der Geschäftsführer mit der Vertretungsmacht ausgestattet. Vertretungsmacht bedeutet das Recht, die Gesellschaft gegenüber Dritten rechtsgültig verpflichten zu können. Sie muß, ihrem Umfang nach, nicht notwendigerweise zusammenfallen mit der Vertretungsbefugnis, womit wir die von der Gesellschaft begründete Zuständigkeit zur Ausübung der Vertretungsmacht bezeichnen. Diese geht auf das gesellschaftliche Innenverhältnis zurück. Die Vertretungsmacht ist jedoch gegenüber Dritten nicht unbegrenzt. Sie hat ihre Schranken im Zweck der Gesellschaft,[5] d. h. in der Handlungsfähigkeit der GmbH. als juristische Person.[6] Ueber diese Grenzen hinweg kennt auch das schweizerische Recht, mit einer Ausnahme,[7] keine Be-

---

[4] Feine S. 486; siehe oben S. 17.

[5] Art. 814 Abs. 1 in Verb. m. Art. 718 Abs. 1 — Das deutsche Recht kennt nicht einmal diese Beschränkung. Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gegenüber Dritten ist dort unbegrenzbar und an keinen Gesellschaftszweck gebunden. Sie umfaßt alle gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten der GmbH. Vergl. dGmbHG. § 35 Abs. 1.

[6] siehe oben S. 17.

[7] vergl. unten S. 39.

schränkbarkeit. Es ist daher unbedingt notwendig, zu wissen, was unter „Gesellschaftszweck" zu verstehen ist, um den Umfang der Vertretungsmacht eindeutig festlegen zu können. Wann liegt eine Rechtshandlung vor, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann und wann nicht? Es läßt sich zum voraus sagen, daß das richterliche Ermessen oft das letzte Wort über diese organische Begriffsbestimmung zu sprechen haben wird.

Bei der AG. macht es keine Schwierigkeit, den individuellen Zweck des Unternehmens zu bestimmen. Dieser geht aus den Statuten hervor. Die GmbH. kennt eine solche nähere Umschreibung nicht; in das Handelsregister ist lediglich der Gegenstand des Unternehmens, nicht aber Gegenstand und Zweck wie bei der AG. einzutragen.[8] Die GmbH. nimmt somit auch hier eine Mittelstellung ein, da bei der Kollektivgesellschaft nicht einmal die Bezeichnung des Gegenstandes des Unternehmens vorgeschrieben ist. Doch muß sich für einen Dritten, der mit der Gesellschaft, und insbesondere mit einer Handelsgesellschaft in Rechtsverkehr tritt, der Zweck aus dem Gegenstand bestimmen lassen. Als Gegenstand des Unternehmens wird die tatsächliche, derzeitige Betätigung bezeichnet. Der Zweck des Unternehmens richtet sich auf einen Erfolg, bei der Handelsgesellschaft auf ein kommerziell günstiges Ziel.[9] Gesellschaftszweck ist der vermittels der Leistungen zu bewirkende, als solcher vorgestellte Erfolg.[10] Und zwar hat dieser Erfolg nicht allein das Interesse der Gesellschafter, sondern in weitem Maße das Wohl der Gesellschaft, des Unternehmens, im Auge.[11] Alle Rechtsgeschäfte, welche dem Gegenstand des Unternehmens nicht widersprechen und welche der Gesellschaft förderlich oder zum mindesten nicht nachteilig werden, sind zweckmäßig und können vom Geschäftsführer eingegangen werden. Die Vertretungsmacht ist sehr

---

[8] Art. 781 Zif. 3 und Art. 626 Zif. 2.

[9] Bei einer Automobilfabrik z. B. wäre danach „Fabrikation von Motorfahrzeugen" Gegenstand und „der Handel damit" Zweck des Unternehmens.

[10] Wieland I S. 460.

[11] vergl. Schapira, Das Unternehmen und seine Kennzeichen, Diss. Zürich 1935, S. 35.

weit auszulegen. Es kommt nicht darauf an, ob das abgeschlossene Geschäft den Gesellschaftszweck tatsächlich gefördert hat, wie sich dieser in concreto subjektiv für die Gesellschaft darstellt, sondern ob es den Gesellschaftszweck fördern könnte, so wie er in abstracto objektiv vom Standpunkt des Dritten aus scheint.[12] Entscheidend ist demnach nur, daß sich das betreffende Geschäft nicht außerhalb des Zweckes der Gesellschaft überhaupt befindet. Es genügt die Möglichkeit, daß es der Gesellschaft von Vorteil sein könnte.[13] Gültigkeitserfordernis ist auf alle Fälle der gute Glaube des Dritten.[14] Ist dieser vorhanden, so ist gemäß der Praxis des Bundesgerichts das Rechtsgeschäft gültig und der Dritte zu schützen. Es ist dies die glücklichste Lösung: Innerhalb des gesetzlichen Rahmens soll die weiteste Auslegung gelten. Die Begrenzung des Umfanges der Vertretungsmacht auf den Gesellschaftszweck dient dem Schutz des Unternehmens. Der Geschäftsführer soll die Gesellschaft nicht zu Geschäften verpflichten können, die ihrem Zweck fernliegen. Auch hat der Gesellschafter einen Anspruch, daß sein Anteil nur für Zwecke riskiert wird, die er kennt und für die er seine Mittel zur Verfügung stellt. Die abstrakt objektive Auslegung vom Standpunkt des Dritten aus, wie sie vom Bundesgericht durchgeführt wird, ist ein Gebot der Rechtssicherheit.[15] Jeder Außenstehende, der mit der Gesellschaft in Berührung tritt, soll sich auf seine Wahrnehmungen verlassen können. Beide zusammen, Gesellschaftszweck und objektive Auslegung, sollen vor allem vorbeugend wirken. Geschäftsführer und Dritte sollen im Hinblick auf die rechtlichen Folgen davon abgehalten werden, zweckfremde Geschäfte abzuschließen.[16]

[12] Siegwart Komm. z. Art. 564 Anm. 2

[13] BGE 31 II 100: Der zur Vertretung befugte Gesellschafter kann nicht nur allein Geschäfte und Rechtshandlungen vornehmen, die der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt. Schon die Möglichkeit, daß das Geschäft durch den Gesellschaftszweck nicht ausgeschlossen ist, berechtigt ihn zum Abschluß.

[14] Heß S. 77. — siehe unten S. 40.

[15] Für die Rechtssprechung des BG vergleiche insbesondere Heß S. 77 und die reichhaltige Kasuistik bei Siegwart Komm. z. Art. 564 Anm. 3.

[16] Heß S. 126.

b. Die Beschränkung der Vertretungsmacht

aa. In materieller Hinsicht

Der Umfang der Vertretungsmacht kann nach außen gegenüber jedermann durch eine einzige Ausnahme eingeengt werden. Das Gesetz läßt in Art. 814 in Verbindung mit Art. 718 Abs. 2 des Aktienrechts eine Beschränkung der Vertretungsmacht in ihrem räumlichen Umfang zu. Besitzt eine Gesellschaft mehrere Niederlassungen, so braucht sich die Vertretungsmacht nicht auf alle zu erstrecken. Diese Ausnahme ist für größere Gesellschaften, die neben der Hauptniederlassung noch mehrere Zweigniederlassungen haben, sehr wichtig. So kann z. B. eine Gesellschaft Zweigniederlassungen besitzen, die dem Hauptsitz an wirtschaftlicher Bedeutung gleichwertig sind oder ihn sogar übertreffen.[17] Sie wird dann gerne von der Möglichkeit Gebrauch machen, die Vertretungsmacht der Geschäftsführer der Hauptniederlassung auf diese zu beschränken. Zu ihrer Gültigkeit muß die Beschränkung in das Handelsregister eingetragen werden. Sie wirkt kraft ihrer gesetzlichen Ausnahmestellung und der Publizitätswirkung des Handelsregisters gegen jedermann; es kann sich niemand auf seine Gutgläubigkeit berufen.

Begründet wird die Durchbrechung des Prinzips der Beschränkung auf den Gesellschaftszweck damit, daß die Gesellschaft in bestimmten Fällen ein Interesse hat, einen vom Geschäftsführer begangenen Rechtsakt überhaupt nicht gelten zu lassen. Durch die Beschränkung der Vertretung auf einen ganz bestimmten örtlichen Bereich wird die Gesellschaft vor jedem unliebsamen Tätigwerden des Geschäftsführers auf andern Gebieten geschützt. Die örtliche Beschränkbarkeit ist als Schutzmaßnahme gedacht, denn die wirtschaftlich oft sehr fragwürdige Haftung des Geschäftsführers genügt nicht allein.[18]

Im Interesse des Verkehrs wurde darauf verzichtet, eine andere als die oben dargelegte Beschränkung mit der vom Handels-

---

[17] Heß (S. 105) nennt als Beispiel aus dem Gebiet der AG. die Schweiz. Bankgesellschaft und den Schweiz. Bankverein.

[18] Heß S. 95.

register verliehenen absoluten Wirksamkeit auszustatten. Man wollte es außerdem vermeiden, das Handelsregister mit Beschränkungen zu belasten, die vielleicht von vorübergehender Art und durch besondere Zeitumstände oder Verhältnisse in der Persönlichkeit des Geschäftsführers gegeben sind.[19]

Im innergesellschaftlichen Verhältnis kann der Umfang der Vertretungsmacht durch entsprechende Beschränkung der Vertretungsbefugnis beliebig eingeengt werden.[20] Je mehr dabei die zur Erreichung des Zwecks vorgesehenen Mittel dem Geschäftsführer vorgeschrieben sind. desto mehr wird seine Tätigkeit zur bloßen Ausführung von schon zum voraus Bestimmtem. Solche Beschränkungen dürfen jedoch nicht in das Handelsregister eingetragen werden, da sonst die gesetzliche Festlegung des Umfanges der Vertretungsmacht illusorisch würde. Dabei geht aber das schweizerische Recht nicht so weit wie das deutsche. Die deutsche Auffassung stellt sich auf die Seite des mit der Gesellschaft kontrahierenden Dritten; jede Beschränkung verliert ihm gegenüber ihre Wirkung, mag sie ihm bekannt sein oder nicht. Einzig im Fall der Kollusion, d. h. wenn der Vertreter bewußt die Gesellschaft schädigt und der Dritte hierbei wissentlich mitwirkt, wird die Gesellschaft geschützt.[21] Der schweizerische Gesetzgeber hat diese Auffassung abgelehnt.[22] Schutz verdient nur derjenige Kontrahent, der gutgläubig ist.[23] Gutgläubig ist jeder, der die Beschränkung der Vertretungsmacht ohne eigenes Verschulden nicht kennt. Schuldlos ist, wer auch nicht fahrlässig gehandelt hat. Der Handelsverkehr erfordert rasche Entschlüsse. Deshalb bedeutet das Vorliegen von leichter Fahrlässigkeit noch nicht Zerstörung des guten Glaubens.[24] Indessen wird man immer auf die handelnden Personen Rücksicht

---

[19] Heß Seite 107; Lehmann, Das Recht der AG., 2. Bd. 1904. S. 323.

[20] so z. B. wenn der Geschäftsführer keine Kaufgeschäfte tätigen darf, die einen bestimmten Betrag übersteigen, oder wenn er zu bestimmten Veräußerungsgeschäften nicht befugt ist usw.

[21] Wieland I S. 593.

[22] Botschaft S. 50.

[23] vergl. Egger, Mißbrauch der Vertretungsmacht in Beiträge zum Handelsrecht, 1934, S. 60.

[24] Heß S. 113.

nehmen müssen. Von einem einfachen Handwerker wird man nicht dieselbe Umsicht verlangen können wie von einem versierten Großkaufmann. Man darf jedoch bei den heutigen Verkehrsverhältnissen von jedem eine gewisse Sorgfalt verlangen.[25] Genau so, wie man sich bei einzelnen zweifelhaften Personen über deren Kreditfähigkeit erkundigt, ist es Pflicht eines jeden Kontrahenten, sich über den Umfang der Vertretungsmacht zu vergewissern, falls darüber berechtigte Zweifel bestehen.[26]

Der gute Glaube des Dritten kann zerstört werden, wenn es der Gesellschaft gelingt, seine Bösgläubigkeit zu beweisen. Das ist in den meisten Fällen nachträglich sehr schwer. Darum hat jede Gesellschaft ein Interesse, Vertretungsbeschränkungen ihrer Organe den Dritten, mit denen sie in Geschäftsverkehr steht, bekannt zu machen. Sie bedient sich dazu spezieller Mitteilungen, deren Empfang sie sich bestätigen läßt. Mit der Bestätigung oder durch den Beweis, daß der Kontrahent die Anzeige erhalten hat, verliert dieser den Anspruch, sich auf seinen guten Glauben berufen zu können. Bösgläubig wird der Dritte sodann, wenn ein anderer vertretungsberechtigter Mitgeschäftsführer der Rechtshandlung widerspricht und der Dritte davon erfährt. Um den Protest eines Gesellschafters, der hiezu nicht befugt ist, braucht sich der Dritte nicht zu kümmern.[27] Selbstverständlich ist auch, daß unser Recht den Fall der Kollusion nicht schützt.[28]

bb. In bezug auf die Ausübung der Vertretung

Nach der subsidiären gesetzlichen Ordnung üben alle Gesellschafter die Vertretung gemeinsam aus. Die Kollektivvertretung ist keine Ausnahme von der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht. Alle Geschäftsführer sind sachlich in vollem Umfang zur Vertretung berechtigt. Nur verhält es sich so, daß die Ausübung der Vertretungsmacht nicht einer einzelnen, sondern einer Mehrheit

---

[25] vergl. Egger Komm. z. Art. 3 ZGB N. 6.

[26] Solche Zweifel können z. B. entstehen durch unsicheres Verhalten des Geschäftsführers, Widersprüche über seine Vertretungsbefugnis u. a. m.

[27] Siegwart Komm. z. Art. 564 N. 8.

[28] vergl. Egger, Mißbrauch der Vertretungsmacht, S. 58 ff.

von Personen zusteht. Durch Statut oder Gesellschaftsbeschluß kann eine abweichende Ordnung getroffen werden. Sie erlangt durch den Eintrag in das Handelsregister Wirksamkeit gegenüber jedermann.[29] Ist kein Eintrag vorhanden, so gilt für gutgläubige Dritte die gesetzliche Vermutung des Art. 811.

Die vertragliche Beschränkung der Vertretung kann eine Reihe von Möglichkeiten enthalten:

1. Gesamtvertretung auf Grund des übereinstimmenden Willens. Vertretungshandlungen müssen von allen Geschäftsführern genehmigt werden.

2. Vertretung auf Grund von Mehrheitsbeschlüssen. Es liegt im Ermessen der Gesellschaft, das Quorum festzusetzen.

3. Vertretung der Gesellschaft, indem von mehreren Geschäftsführern immer einzelne von ihnen zusammen berechtigt sind. Es kann z. B. bestimmt werden, daß eine gültige Vertretungshandlung nur dann vorliegt, wenn sie von mindestens zwei Geschäftsführern gemeinsam vorgenommen wurde.

4. Vertretung durch jeden einzelnen Geschäftsführer. System der Kollektivgesellschaft. Die anderen Geschäftsführer haben ein Widerspruchsrecht.

5. Möglich ist auch eine Kombination von 3 und 4. Von zwei Geschäftsführern kann der eine allein vertretungsberechtigt sein, während der andere die Gesellschaft nur mit dem Geschäftsführer zusammen vertreten kann.

6. Streitig ist die Frage, ob ein Geschäftsführer die Gesellschaft in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten kann. Die deutsche Doktrin läßt eine solche Ausübungsbeschränkung zu.[30] Die schweizerische Rechtssprechung mußte zu dieser Frage ebenfalls Stellung nehmen und hat sie, wenigstens in formeller Hinsicht, bejaht.[31] Die Kollektivvertretung eines Geschäftsführers zusammen mit einem Prokuristen steht zu unserm Registerrecht in keinem Widerspruch. Jedoch ergibt sich eine Einschränkung: Nach der

---

[29] Art. 781 Zif. 8: „In das Handelsregister sind einzutragen . . . . die Art der Ausübung der Vertretung."

[30] Feine S. 494; Hachenburg Komm. z. § 35 Anm. 23.

[31] BGE 60 I 57.

Praxis des eidgenössischen Handelsregisteramtes bestimmt sich der Umfang der Vertretungsmacht im Zweifel nicht nach der weiteren Befugnis des Geschäftsführers, wie dies im deutschen Recht der Fall ist,[32] sondern nach den gemeinsamen und übereinstimmenden Bestimmungen über den Umfang der Vertretungsmacht von Geschäftsführer und Prokurist. Die Prokura erstreckt sich aber nicht auf bestimmte Rechtsgeschäfte, es sei denn, dem Prokuristen wird die Befugnis dazu ausdrücklich erteilt.[33] Wo die Gesellschaft die Ermächtigung nicht gegeben hat, ist eine Kollektivvertretung des Geschäftsführers gemeinsam mit dem Prokuristen ungültig, weil dadurch eine widerrechtliche materielle Beschränkung der Vertretungsmacht erzielt würde.

Alle diese Beschränkungen in der Ausübung der Geschäftsführung finden nur auf die Aktivvertretung Anwendung. Keine Beschränkung auch nur in formeller Hinsicht duldet die Passivvertretung. Eine Willenserklärung an die Gesellschaft gilt an sie gerichtet, wenn sie gegenüber einem einzelnen Geschäftsführer abgegeben worden ist. Wo es auf das Kennen oder Kennenmüssen einer Tatsache durch die Gesellschaft ankommt, reicht die Kenntnis eines Geschäftsführers aus.[34] Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber, wie sie das deutsche Recht z. B. für die AG. kennt,[35] enthält unser Recht nicht.[36] Die entsprechende Anwendung der deutschen Bestimmungen ergibt sich aber für uns von selbst: Sie resultiert aus der Organstellung des Geschäftsführers. Eine abweichende Ordnung würde außerdem den Rechtsverkehr in unerträglichem Maße

---

[32] Wieland I S. 594; Scheinmann S. 35.

[33] Art. 459 OR. Abs. 2: „Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis ausdrücklich erteilt worden ist."

[34] Feine S. 491.

[35] Deutsches HGB. § 232 Abs. 1.

[36] Art. 65 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes bestimmt allerdings, daß Betreibungsurkunden gegen eine AG. gültig jedem Mitglied der Verwaltung zugestellt werden können. Wir dürfen eine analoge Anwendung auf die GmbH. annehmen. Anscheinend wurde vergessen, eine entsprechende Uebergangsbestimmung im neuen OR. zu erlassen.

erschweren.[37] Aus ihrer Zugehörigkeit zum allgemeinen Körperschaftsrecht entspringt der zwingende Charakter der Normen über die Passivvertretung. Sie sind zwingend und können durch Statuten oder Gesellschaftsbeschluß nicht abgeändert werden.[38]

Eine letzte, allerdings fast selbstverständliche Einschränkung ist das Verbot des Selbstkontrahierens. Normalerweise besteht die Tätigkeit des Geschäftsführers darin, daß er für die Gesellschaft Rechtsgeschäfte mit Dritten vornimmt. Wo er aber als Organ der Gesellschaft mit sich selber als Privatperson einen Vertrag schließen soll, entsteht in der Regel ein Interessenkonflikt. Obgleich der Geschäftsführer als Organträger das Wohl der Verbandsperson zu wahren hat, hat er doch wie ein gewöhnlicher Vertreter persönliche Interessen, die denen der Gesellschaft zuwiderlaufen können. Darum schließt das Bundesgericht das Kontrahieren mit sich selbst aus.[39] Eine Ausnahme greift nur Platz, wenn keine Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen durch den Vertreter besteht und daher anzunehmen ist, jener habe diesem das Selbstkontrahieren gestattet. Die Gesellschaft kann natürlich, auf eigenes Risiko, die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren geben, auch wenn die Gefahr der Interessenkollusion vorliegt.

3. Die Geschäftsführung als interne Verwaltungstätigkeit

Während die Vertretung der Gesellschaft Dritten gegenüber vom Gesetz mit zwingenden Normen geregelt ist, hat die Gesellschaft in der Ordnung ihrer inneren Angelegenheiten freie Hand.[40] Unter Geschäftsführung in engerem Sinne fällt alles, was nicht als Vertretungshandlung angesprochen werden kann, d. h. solche Handlungen, deren Wirkungen sich in der Gesellschaft selber und nur in der Gesellschaft äußern. Niemals kann also durch eine solche Geschäftsführerhandlung eine Verpflichtung der Gesellschaft

---

[37] Kolb S. 60.
[38] Hachenburg Komm. z. § 35 Anm. 8, Brodmann § 35 Anm. 3.
[39] BGE 39 II 566; 50 II 183; 57 II 560; 63 II 174.
[40] Feine S. 495.

gegenüber Dritten begründet werden. Der Geschäftsführer i. e. S. ist der geschäftliche Leiter der Gesellschaft im internen Verhältnis.[41] Seine Aufgabe besteht in der Besorgung der kaufmännischen sowie technischen Verwaltung des Unternehmens. Die innere Geschäftsführung besteht insbesondere in der Führung der Bücher, der tatsächlichen Verwaltung des Vermögens, der Rechnungsführung, der Auszahlung von Gewinn und Honorar, der Vorbereitung und Einberufung von Versammlungen, der Entgegennahme und Abgabe von Erklärungen, welche für die innere Ordnung von Bedeutung sind usw.[42] Es wurde oben schon darauf hingewiesen, daß normalerweise die Geschäftsführungsbefugnis mit der Vertretungsbefugnis übereinstimmt. Der Geschäftsführung ist die gleiche Grenze gesetzt wie der Vertretung: der Gesellschaftszweck. Als subsidiäre Vorschrift über die Ausübung gilt die gemeinsame Tätigkeit aller Geschäftsführer.

Kraft ihrer Autonomie kann die Gesellschaft die Art und Weise ihrer Geschäftsführung nach Gutdünken ordnen. Sie hat die Möglichkeit, dem Geschäftsführer durch Statut oder Gesellschaftsbeschluß jede Beschränkung aufzuerlegen. Der Geschäftsführer kann z. B. gezwungen werden, nur in ganz bestimmter Richtung tätig zu werden oder einzelne Geschäfte überhaupt zu unterlassen. Es kann ihm vorgeschrieben werden, bestimmte Handlungen nicht ohne vorheriges Befragen der Gesellschafterversammlung vorzunehmen.[43] Andererseits ist die Gesellschaft durch keine Vorschrift gehindert, dem Geschäftsführer in der Ausübung seines Amtes die größte Freiheit zu gewähren.[44]

Der Geschäftsführer hat sich an die von der Gesellschaft angeordneten Beschränkungen zu halten. Mißachtet er sie, so haftet er der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. Bei einer Teilung

---

[41] Müller S. 43.

[42] Siegwart Komm. z. Art. 535 N. 2; Feine S. 496.

[43] Hachenburg Komm. z. § 37 Anm. 3 a.

[44] Niemals aber können die Gesellschafter auf die Ausübung einer Kontrolle verzichten, wenn die Geschäftsführung nicht ihnen allen gemeinsam zusteht. Vergl. Art. 819 Abs. 1 und Art. 541 Abs. 1 und 2. Der zwingende Charakter der Unverzichtbarkeit wird ausdrücklich betont.

der Geschäftsführung[45] ist jeder der Geschäftsführer nur dafür verantwortlich, was innerhalb seines Tätigkeitsbereiches vor sich geht. Haben dagegen die Geschäftsführer die Arbeitsteilung nur unter sich vereinbart, so ist dadurch die Haftung für die Gesamtgeschäftsführung nicht beseitigt.[46] Die Geschäftsführer haben kein Recht, sich gegenseitig Beschränkungen aufzuerlegen, von denen die Gesellschaft nichts weiß.

IV. Die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung

Die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung ist als letzte Maßregel gegen renitente Geschäftsführer gedacht. Die Gesellschaft hat nicht nur ein Interesse daran, daß ihr der Geschäftsführer für verursachten Schaden haftet. Die Haftung des Geschäftsführers ist oft recht fragwürdig. Selbst dort, wo der volle materielle Schaden gedeckt wird, bleibt manchmal ein Prestigeverlust, der nicht in Geld geschätzt werden kann und an dem die Gesellschaft schwer zu tragen hat. Daher ist der Gesellschaft oft weit mehr an der Unterlassung gewisser Handlungen gelegen. Die Beschränkung der Geschäftsführung mit ihrer ausschließlichen Wirkung gegenüber Bösgläubigen reicht hier mitunter nicht aus. Wenn die Gesellschaft von einer schädigenden Handlung des Geschäftsführers erfährt und weitere Schädigungen befürchten muß, hilft nur noch die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung. Dabei macht das Gesetz einen Unterschied nach der Person: Die Entziehung der Geschäftsführung bei einem Gesellschafter geht anders vor sich als bei einem Nichtgesellschafter.

---

[45] Größere Gesellschaften werden mit Vorteil die Geschäftsführungsbefugnis auf einzelne Zweige beschränken; z. B. wird man einem technisch vorgebildeten Geschäftsführer mit Vorteil die Leitung der Fabrikation übertragen, während man einem im Geschäftsverkehr kundigen Geschäftsführer die kaufmännische Führung des Unternehmens anvertraut.

[46] Wieland II S. 132; Müller-Erzbach S. 338; Hachenburg Komm. z. § 43 Anm. 10; Brodmann Komm. z. § 43 Anm. 3.

1. Die Entziehung bei einem Gesellschafter

Die schweizerische GmbH. ist eine modifizierte Kollektivgesellschaft. Der Gesellschafter ist von Gesetzes wegen zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet. Seine rechtliche Stellung unterscheidet sich in dieser Hinsicht keineswegs von der eines Kollektivgesellschafters. Daher richtet sich die Entziehung der Geschäftsführung nach dem Recht der Kollektivgesellschaft: Sie kann, gegen den Willen des Geschäftsführers, nur aus wichtigem Grund erfolgen.[1], [2]

a. Der Gesetzgeber hat es in den meisten Fällen unterlassen, beim Vorkommen des Begriffs „wichtiger Grund" eine nähere Umgrenzung seines Inhalts zu geben. Ob ein solcher vorhanden ist, wird in das subjektive Ermessen des Gesellschafters resp. des Richters gestellt werden müssen. Es kann daher nur als beispielsweise Aufzählung angesehen werden, wenn Art. 539 Abs. 3 OR. für die einfache Gesellschaft bestimmt:

> „Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn der Geschäftsführer sich einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht oder die Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung verloren hat."

Die Entziehungsgründe sind damit nicht abschließend festgelegt, sondern es wird nur ein wegleitendes Prinzip aufgestellt.

---

[1] Bei den Gesetzesberatungen war dieses Prinzip, das sich heute beinahe als Selbstverständlichkeit aus dem ganzen Aufbau der GmbH. ergibt, in Frage gestellt. In der Expertenkommission stellte Karl Wieland den Antrag, es solle die Möglichkeit geschaffen werden, auch Gesellschafter nur jederzeit widerruflich mit der Geschäftsführung zu betrauen (Protokoll S. 504). Angesichts der verschiedenartigen Bedürfnisse, zu deren Befriedigung die GmbH. berufen sei, müsse eine möglichst liberale Ordnung getroffen werden. Dem Antrag Wielands wurde in der Folge im Prinzip zugestimmt; später kam man jedoch von dieser Ordnung wieder ab, wohl in der richtigen Erwägung, daß die Freiheit in der Ausgestaltung der Statuten nicht dazu dienen könne, den grundsätzlich individuellen Charakter der GmbH. zu zerstören.

[2] Die erschwerte Entziehbarkeit der Geschäftsführung ist ein Ausfluß des mitgliedschaftlichen Rechts auf die Geschäftsführung und nicht, wie Guhl (S. 260) begründet, eine Folge der Organstellung.

Der positive Inhalt der Norm des Art. 539 besteht vor allem an der Begrenzung des Begriffs „Pflichtwidrigkeit“ durch Beifügung des Wortes „grob“; infolge eines geringfügigen Fehlers kann der Gesellschafter nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden. Es wird ausdrücklich betont, daß die Pflichtverletzung auf einem Verschulden des Gesellschafters beruhen müsse.[3] Eine Pflichtverletzung ist stets als schuldhaft zu bezeichnen, wenn grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorliegen. Der Erfolg der schuldhaften Handlung spielt keine Rolle. Unredliches Verhalten, gewissenloses Ueberschreiten der Geschäftsführungsbefugnis können als Pflichtverletzung den Entzug bewirken, gleichgültig, ob Schaden entstanden ist oder nicht. Man wertet hier rein subjektiv. Maßgebend ist, ob durch das Verhalten des Geschäftsführers sein unlauterer Charakter offenbar wird und das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft eine solche Lockerung erfahren hat, daß seine weitere Fortführung der Gesellschaft nicht zugemutet werden kann.

Als zweiten wichtigen Grund nennt das Gesetz den rein objektiven Tatbestand der Unfähigkeit zur Geschäftsführung. Dem Geschäftsführer kann, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, die Geschäftsführung entzogen werden, wenn er z. B. wegen Krankheit, Gebrechlichkeit, längerer Abwesenheit oder anderweitiger Inanspruchnahme die Fähigkeit verloren hat, sich den Gesellschaftsangelegenheiten mit der notwendigen Sorgfalt zu widmen.

Die im Gesetz erwähnten Beispiele sowie die allgemeine ratio legis schließen eine willkürliche Ausdehnung des Begriffs „wichtiger Grund“ aus. Die Entziehung erfolgt im Interesse der Gesellschaft. Niemals darf daher die Abberufung bei Verletzung der rein persönlichen Beziehungen zwischen dem die Geschäfte führenden und den übrigen Gesellschaftern gerechtfertigt werden. Daher bestimmt sich die Wichtigkeit eines Abberufungsgrundes nur aus dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages, dem Wesen und den Interessen der Gesellschaft. Das gegenseitige Vertrauen, dessen sich die Gesellschafter würdigen müssen, um einen ersprießlichen Ge-

[3] Iklé S. 134.

schäftsbetrieb zu führen, wird nur vom Gesichtspunkt des gesellschaftlichen Zusammenarbeitens betrachtet.[4] Der wichtige Grund braucht nicht einmal in der Person des Geschäftsführers liegen. Wenn es der Fortbestand der Gesellschaft erfordert, die Zahl der Geschäftsführer herabzusetzen, so muß derjenige Gesellschafter weichen, dem gegenüber diese Forderung am angebrachtesten scheint.[5] Diese Auffassung mag für den betroffenen Gesellschafter hart sein, sie rechtfertigt sich aber aus dem Zweck der Entziehung, die eben eine reine Schutzmaßnahme zugunsten der Gesellschaft darstellt, wobei dem Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als Gesellschafter das Vorliegen eines wichtigen Grundes zugestanden werden mußte.[6] Weiter geht das Recht des Gesellschafters nicht. Eine Bestimmung, welche die Entziehung der Geschäftsführung über den wichtigen Grund hinaus erschweren oder überhaupt ausschließen würde, wäre ungültig.[7]

Zusammenfassend ergibt sich: Ein wichtiger Grund liegt vor bei jeder bedeutsamen nachteiligen Veränderung der Voraussetzungen, unter denen eine bestimmte Geschäftsführungsordnung vereinbart wurde.[8] Die Veränderung muß in sachlicher Hinsicht die Gesellschaft mit einem Schaden bedrohen. In zeitlicher Hinsicht: Die Entziehung darf nicht die Sanktion für eine in der Vergangenheit liegende Interessenschädigung sein. Sie richtet sich gegen ein drohendes Ereignis. Der Entzug der Geschäftsführung ist dann gerechtfertigt, wenn dadurch drohendem Schaden vorgebeugt wird.

---

[4] Beispiel: Ein tüchtiger Geschäftsführer, der die Partei- oder Religionszugehörigkeit der übrigen Gesellschafter nicht teilt, kann von diesen nicht abberufen werden nur aus dem Grunde, weil sie ihm infolge seiner anderen weltanschaulichen Einstellung die nötigen Fähigkeiten zur Ausübung des Amtes absprechen.

[5] Hachenburg Komm. z. § 38 Anm. 8; Brodmann § 38 Erl. 4; Feine S. 477.

[6] Daraus erklärt sich auch, daß der abgesetzte Geschäftsführer in der Gesellschaft verbleibt. Durch das ungetreue Verhalten oder die Unfähigkeit eines Gesellschafters darf die Gesellschaft nicht in ihrem mitgliedschaftlichen Bestand gefährdet werden. — Vergl. Wieland I S. 576.

[7] vergl. Brodmann Komm. z. § 38 Erl. 3.

[8] Siegwart Komm. z. Art. 539 N. 10.

b. Die Entziehung der Geschäftsführung wäre nur halb wirksam, wenn sie nicht mit der nötigen Schnelligkeit durchgeführt werden könnte. Neben dem gewöhnlichen ordentlichen Entziehungsverfahren des OR. von 1881 sieht das revidierte Gesetz ein außerordentliches Verfahren vor für diejenigen Fälle, bei denen Gefahr im Verzug liegt.

Beim ordentlichen Verfahren wird der Entzug von den Gesellschaftern ausgesprochen. Und zwar bestimmt das Gesetz, daß jeder einzelne Gesellschafter den Entzug aussprechen darf, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.[9] Zunächst liegt es also in dem subjektiven Ermessen des Gesellschafters, festzustellen, ob eine Entziehung gerechtfertigt ist oder nicht. Da ein grundloser Entzug wirkungslos ist, wird man vom Gesellschafter bei der Geltendmachung des Entziehungsrechtes die Angabe der Gründe verlangen müssen.[10] Eine unbegründete Entzugserklärung wird der Geschäftsführer nicht gegen sich gelten lassen müssen. Sie ist ihm gegenüber unwirksam. Er hat das Recht, die angegebenen Gründe zu überprüfen. Die Ueberprüfung der rechtlichen Voraussetzungen des Entzugs bezweckt zweierlei: Einmal den Schutz der Gesellschaft vor voreiligen Eingriffen übereifriger Gesellschafter gegenüber einem Geschäftsführer, der sonst das Vertrauen der Gesamtheit der Gesellschafter besitzt. Sodann schützt das Ueberprüfungsrecht die Person des Geschäftsführers in seinem Individualrecht selbst. Fügt sich der Geschäftsführer dem Entzug, so erlischt seine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. Führt er aber trotz des Entzugs die Geschäfte weiter, so kann ihm die Geschäftsführung nur durch ein Urteil entzogen werden. Kläger ist der entziehende Gesellschafter oder auch die Gesellschaft. Das Urteil hat nicht konstitutiven, sondern deklarativen Charakter.[11] Alle seit dem Zeitpunkt des Entzugs vom Geschäftsführer eingegangenen Geschäfte gehen auf seine Rechnung und er haftet der Gesellschaft nicht nur für jedes Verschulden, sondern auch für Zufall.[12] Da jedoch ohne

[9] Subsidiäre Anwendung von Art. 539 Abs. 2.
[10] Iklé S. 131.
[11] Iklé S. 132; Siegwart Komm. z. Art. 565 N. 2.
[12] Iklé a. a. O.

Urteil der Entzug nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann, dürfen sich Gutgläubige, welche während der Schwebezeit durch den Geschäftsführer mit der Gesellschaft Rechtsgeschäfte vorgenommen haben, auf dessen Organstellung berufen. Ein solches Geschäft ist rechtsgültig mit der Gesellschaft zustande gekommen.[13]

Wenn Gefahr besteht, daß ein sich widersetzender Geschäftsführer trotz des Entzugs die Vertretungsmacht zum Schaden der Gesellschaft weiterhin ausüben wird, dann greift das außerordentliche Verfahren Platz. Gelingt es dem entziehenden Gesellschafter, den Richter von einer drohenden Gefahr für die Gesellschaft zu überzeugen, so kann er, bei Glaubhaftmachung wichtiger Gründe, einen vorläufigen Entzug der Geschäftsführung erwirken. Die wichtigste Wirkung der vorläufigen Entziehung ist ihre Eintragung in das Handelsregister. Es ist Sache des kantonalen Prozesses, hiefür die notwendige Ordnung zu treffen. Die Eintragung bleibt bestehen bis zum endgültigen Entzug der Geschäftsführung bzw. der Wiedereinsetzung des Geschäftsführers im Wege des ordentlichen Verfahrens.[14]

2. Die Entziehung bei einem Nichtgesellschafter

Der Nichtgesellschafter als Geschäftsführer ist durch kein mitgliedschaftliches Band an die Gesellschaft geknüpft. Er kann darum auch nicht die Vorteile genießen, die ein Gesellschafter-Geschäftsführer inne hat. Dem Wesen seiner Stellung und der Besorgung fremder Geschäfte entspricht es, daß das Rechtsverhältnis nur solange bestehen soll, als die Gesellschaft das Vertrauen zu ihrem Geschäftsführer besitzt. Ist dieses Vertrauen verloren gegangen, so soll die Möglichkeit gegeben sein, das Geschäftsführungsverhältnis sofort zu lösen.[15] Darüber hinaus kann dem geschäfts-

[13] Allzuweit geht unserer Ansicht nach Siegwart (a. a. O.), der Gutgläubigkeit auch dann annimmt, wenn der Dritte zwar den Entzug kannte, in guten Treuen aber an der Wichtigkeit des Grundes zweifelte.

[14] Siegwart Komm. z. Art. 565 N. 5.

[15] Kolb, S. 76.

führenden Nichtgesellschafter die Geschäftsführung jederzeit und gleichsam aus jeder Laune der Gesellschafter heraus entzogen werden.[16] Zuständig zur Abberufung ist die Gesellschafterversammlung, nicht jeder einzelne Gesellschafter für sich. Man sucht dadurch nach Möglichkeit die Abberufung aus persönlichen Differenzen zwischen einem einzelnen Gesellschafter und dem Geschäftsführer zu vermeiden. Die Abberufung durch Gesellschaftsbeschluß bietet innerhalb gewisser Grenzen Gewähr für eine einigermaßen gerechte Handhabung dieser weitgehenden Befugnis. Auch steht zu erwarten, daß ein Beschluß, hervorgegangen aus der Gesamtheit der Gesellschafter, eher die Gesellschaftsinteressen zu wahren versteht, als es bei der Abberufungsbefugnis eines jeden Gesellschafters der Fall wäre.

Der Anstellungsvertrag jedes geschäftsführenden Nichtgesellschafters kann also vorzeitig durch einseitige Erklärung der Gesellschaft aufgelöst werden. Den Widerspruch, der damit zu dem für längere Dauer abgeschlossenen Vertrag scheinbar entsteht, haben wir oben[17] zurückgewiesen. Der Geschäftsführer hat seine Organqualität auf Grund eines obligatorischen Vertrages. Entzug seiner Organschaft ist nur denkbar durch Auflösung oder Bruch des Vertrages, auf den sich die Stellung gründet.[18] Wie sich mit der Bestellung, als Vertragsabschluß, die Pflicht zur Organtätigkeit ergibt, so endet mit der Entziehung, als Auflösung des Vertrages, die Legitimation zur Organtätigkeit. Eine Parallele zur Vollmacht liegt nahe. Der Vollmachtgeber soll sich jederzeit vom Bevollmächtigten lösen können. Wenn dieser Grundsatz auch auf die Geschäftsführung anwendbar erklärt wird, so ist darin deutlich die Tendenz zu erblicken, welche das Unternehmen schützen will. Ein unbequemer oder schlechter Geschäftsführer darf nicht länger das Unternehmen gefährden. Er muß, unbeschadet der bestehenden vertraglichen Abmachung, innert kürzester Frist entfernt werden können.

---

[16] Art. 814 Abs. 3.
[17] siehe S. 33 ff.
[18] Wolfers S. 85.

Wenn das Gesetz auf der einen Seite dem Unternehmen gewisse Schutzwaffen gegen den Geschäftsführer in die Hand gibt und außerdem eine praktische Abberufungsordnung zugunsten der Gesellschaft aufstellt, so darf andererseits der Geschäftsführer nicht schutzlos bleiben. Eine Wiederherstellung des entschwundenen Vertrauens gewaltsam zu versuchen, wäre nutzlos und wenig ratsam. Der geschäftsführende Dritte ist nicht gleich einem Gesellschafter an die Gesellschaft gekettet und auf sie angewiesen. Wenn aber die Abberufung auf einen — sit venia verbo — vom Gesetz vorgesehenen Vertragsbruch zurückgeht, gebührt dem Geschäftsführer Schadenersatz.[19] Es ist dies der Schadenersatzanspruch, der als Folge der Nichterfüllung (durch die Gesellschaft) entsteht. Voraussetzung für den Anspruch ist das Vorliegen eines Verschuldens auf Seiten der Gesellschaft.[20] Verschuldet ist die Abberufung aber immer, wenn sie grundlos erfolgt. Darum wird sich die Gesellschaft hüten, von ihrem Abberufungsrecht allzu willkürlichen Gebrauch zu machen. Den Schaden hat der Abberufene zu beweisen. Er wird, z. B. beim Dienstvertrag, in einem Lohnausfall bestehen. Die Gesellschaft kann sich durch den Nachweis, daß sie kein Verschulden trifft, exkulpieren. Eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse, etwa durch Schädigung des guten Rufes des Geschäftsführers infolge der Abberufung, kann nie geltend gemacht werden, sofern eine bloße Entziehung vorliegt. Die Gesellschaft kann für die Ausübung eines Rechtes, das ihr kraft Gesetz vorbehalten ist, aus dessen bloßen Geltendmachung nicht haftbar gemacht werden.[21]

---

[19] Art. 814 Abs. 3.
[20] Art. 97 ff. OR.
[21] Wolfers S. 91.

V. Einzelne Pflichten und Rechte des Geschäftsführers

1. Pflichten[1]

a. Die Pflicht zur persönlichen Ausübung

Jeder Geschäftsführer ist verpflichtet, die Geschäftsführungshandlungen persönlich vorzunehmen. Es ergibt sich aus der individualistischen Gesellschaftsform und dem Prinzip der Selbstorganschaft, daß der Gesellschafter, der zugleich Geschäftsführer ist, auf Grund seiner persönlichen Fähigkeiten in die Gesellschaft aufgenommen wurde. Daher erwartet man von ihm, daß er sein Können auch persönlich verwertet. Das gleiche gilt, sogar noch in verstärktem Maße, für einen Geschäftsführer, der nicht als Gesellschafter der Körperschaft angehört. Ein solcher Geschäftsführer wird gewöhnlich dann bestellt, wenn den Gesellschaftern die notwendigen Kenntnisse oder die Zeit zur Führung der Geschäfte fehlen. Der geschäftsführende Nichtgesellschafter ist in der Regel ein Fachmann und genießt als solcher das Vertrauen der Gesellschaft. Er ist verpflichtet, sein Amt persönlich auf Grund seiner Befähigung auszuüben.

Es ist daher ausgeschlossen, daß das persönliche Geschäftsführungsrecht übertragen werden kann. Insbesondere ist der Ge-

[1] Es ist hier nicht beabsichtigt, einen vollständigen Katalog aller Geschäftsführerpflichten zu geben. Zur Darstellung gelangen nur solche Pflichten, die den Aufgabenbereich aller oder wenigstens der meisten Geschäftsführungshandlungen angehen und vor allem vom rechtlichen Standpunkt aus interessieren. Von der Beschreibung der mehr kaufmännischen oder verwaltungstechnischen Pflichten kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit abgesehen werden. Pflichten wie die Bilanzierungspflicht, Anzeigepflicht, Pflicht zur Ablegung von Rechenschaftsberichten, Zeichnungspflicht usw. kommen nicht zur Darstellung. Es ist uns hier hauptsächlich daran gelegen, die Gesamtstellung des Geschäftsführers zu untersuchen, insbesondere das Verhältnis von Geschäftsführer zu Gesellschaft und Dritten in Bezug auf seine Pflichten und Rechte.

schäftsführer nicht befugt, sich in der Ausübung seiner Gesamttätigkeit vertreten zu lassen. Wollte ein Geschäftsführer die Verantwortung für alle Handlungen, die ihm persönlich übertragen worden sind, einem Dritten überlassen, so würde ein solches Verhalten aufs ärgste gegen das gesellschaftliche bzw. vertragliche Treueverhältnis verstoßen.[2] Die Bestellung von Prokuristen und Gesamthandlungsbevollmächtigten kann allgemeinverbindlich nur von der Gesellschafterversammlung vorgenommen werden.[3] Die Pflicht zur persönlichen Erfüllung bedeutet jedoch nicht, daß der Geschäftsführer jede Einzelhandlung persönlich zu erfüllen habe. Er hat das Recht, zur Ausführung seiner Geschäfte Hilfspersonen herbeizuziehen. Diese handeln nicht als Organe, da sie nur nach den Angaben und unter der Aufsicht des Geschäftsführers tätig werden. Inwieweit der Geschäftsführer befugt ist, Hilfskräfte heranzuziehen, darüber bestimmen Art und Umfang des Geschäfts, Sitte und Lebensstellung der Gesellschafter sowie die bisher beachtete Uebung.[4] Auf keinen Fall darf die Benutzung von Hilfspersonen einer wenn auch nur partiellen Uebertragung der Unternehmungsleitung gleichkommen. Der Geschäftsführer muß zu jeder Zeit in der Lage sein, die laufenden Geschäfte zu überblicken und nötigenfalls eingreifen zu können, auch wenn er die Ausübung einzelner Aufgaben Dritten überlassen hat.

Die angeführten Grundsätze gelten auch unter den Geschäftsführern selber. Wo ein Geschäftsführer zu einer bestimmten Tätigkeit eingesetzt wird, geschieht dies im Hinblick auf seine Kenntnisse, Erfahrungen, seinen Charakter. Es ist darum ausgeschlossen, daß er einzelne seiner Pflichten, z. B. die Kontrollpflicht, auf einen seiner Kollegen überträgt.[5]

Ueberläßt der Geschäftsführer dennoch unbefugterweise einzelne oder sämtliche Befugnisse einem Dritten, so haftet er der

---

[2] Iklé S. 70; a. M. Wertheimer S. 83.

[3] Feine S. 489 — vergl. Art. 816: Ausnahmen in den Statuten sind zugelassen.

[4] Wieland I S. 572.

[5] Iklé S. 71.

Gesellschaft für alle Folgen seines Verhaltens.[6] Er kann sich nicht mit dem Beweis entschuldigen, daß der Substitut die diligentia quam suis angewandt habe und er an seiner Stelle nicht anders gehandelt hätte. Die Interessen der Gesellschaft würden dadurch zu wenig geschützt. In der unzulässigen Substitution liegt ein Verschulden, für welches der Geschäftsführer nach den Lehren über den Kausalzusammenhang für allen durch den Substituten entstandenen Schaden haften muß, weil dieser Schaden ohne die widerrechtliche Substitution nicht eingetreten wäre.[7] Auch kann sich der Geschäftsführer nicht darauf berufen, daß er die diligentia in eligendo bei der Bezeichnung des Substituten berücksichtigt habe. Widerrechtlichkeit und Haftungsgrund liegen nicht in der vielleicht nachlässigen Auslese des Substituten, sondern in der Vernachlässigung der Geschäftsführungspflichten durch ihre Uebertragung an einen Dritten.

In den Statuten oder durch Gesellschaftsbeschluß kann ausdrücklich der Geschäftsführer ermächtigt werden, bestimmte Geschäfte durch Substituten oder Vertreter vornehmen zu lassen. Er kann sogar die Befugnis erhalten, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte für den ganzen Betrieb zu ernennen.[8] Diese Bestimmung ist nur fakultativ. Die Gesellschaft hat es in der Hand, ob sie ihrem Geschäftsführer die weitgehende Ermächtigung erteilen will oder nicht. Zwingend ist dagegen das im Gesetz begründete Recht des Geschäftsführers, eine solche Prokura oder Handlungsvollmacht, gleich von wem sie errichtet wurde, jederzeit zu widerrufen.[9] Der Geschäftsführer ist hier dem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten übergeordnet.

Bei der durch die Gesellschaft gestatteten Uebertragung haftet der Geschäftsführer ausschließlich für culpa in eligendo, falls er

---

[6] Wieland I S. 573.

[7] vergl. Iklé S. 72.

[8] Art. 816.

[9] Wir können hierin vielleicht eine Parallele erblicken zum Recht des Gesellschafters auf Abberufung des Geschäftsführers. Aehnlich wie bei dieser soll auch der Geschäftsführer befugt sein, einen Prokuristen usw. abzuberufen, ohne den ganzen schwerfälligen Gesellschaftsapparat in Bewegung setzen zu müssen.

den Bevollmächtigten für eine Tätigkeit zu bezeichnen hatte, die außerhalb seines eigentlichen Geschäftsführungsbereiches liegt.[10] Wird dagegen der Substitut im eigenen Tätigkeitsbereich des Geschäftsführers ernannt, so haftet dieser außerdem noch für die Sorgfalt bei der Unterweisung des Gehilfen; er hat dessen Arbeit zu beaufsichtigen (diligentia in instruende et custodiendo).[11] Ergeben sich später aus dem Handeln des Substituten schädliche Folgen für die Gesellschaft. so kann sich der Geschäftsführer erst durch den Nachweis der genügenden Sorgfalt von der Haftung befreien.

Handlungen von Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Hilfskräften, die ordnungsgemäß bestellt sind, verpflichten die Gesellschaft gegenüber Dritten, wie sie der Geschäftsführer bei eigenem Handeln verpflichtet hätte. Bei unrechtmäßiger Bestellung wird die Gesellschaft nicht gebunden, auch nicht gegenüber gutgläubigen Dritten. Verpflichtet wird dagegen der Geschäftsführer persönlich, welcher den Prokuristen etc. zu seinem Vorgehen veranlaßt hat.[12] Jeder Dritte wird daher in eigenem Interesse untersuchen, ob eine Prokura, Handlungsvollmacht oder Substitution auch zu recht besteht.[13]

---

[10] so z. B. für Führung von Prozessen, Errichtung von Bauten.

[11] Wieland I S. 574.

[12] Siegwart Komm. z. Art. 566 N. 5.

[13] Schwierig ist die Frage, ob eine vom Handelsregisterführer eingetragene, zu Unrecht bestehende Prokura unter die Publizitätswirkung des Handelsregisters fällt. Siegwart (a. a. O.) verneint dies. Er spricht dem unrichtigen Handelsregistereintrag die positive Rechtskraft ab. Der Dritte, der im Vertrauen auf den Eintrag mit dem „Prokuristen" kontrahiert, erhält nur einen Schadenersatzanspruch gegen den Prokuristen und den die Prokura veranlassenden Geschäftsführer, auch gegen den fehlbaren Beamten und die Gesellschaft aus dem Delikt des Mitgliedes. — Diese Auffassung scheint uns nicht gerechtfertigt. Die Mitgeschäftsführer und Gesellschafter haben die Pflicht, Kontrolle zu üben. Zu einer ordentlichen Kontrolle gehört u. E. die fortlaufende Ueberprüfung der über die Gesellschaft bestehenden Eintragungen und die Berichtigung der unrichtigen Tatsachen. Darum kann u. E. auch einer materiell unrichtigen Eintragung gegenüber Gutgläubigen der öffentliche Glaube nicht abgesprochen werden. Die Gesellschaft wird dem vermittels des falschen Prokuristen kontrahierenden Dritten verpflichtet.

b. Die Sorgfaltspflicht

Ueber die Art und Weise, wie der Geschäftsführer seine Funktionen auszuüben hat, insbesondere über das Maß der anzuwendenden Sorgfalt, enthält das Recht der GmbH. keine ausdrückliche Bestimmung. Indem aber das Gesetz für den Geschäftsführer die Verantwortlichkeitsgrundsätze des Aktienrechts gelten läßt,[14] unterstellt es ihn auch bezüglich der Sorgfaltspflicht den entsprechenden Normen.

Das große Interesse, das sowohl die Gesellschaft wie die Gläubiger an einer ordentlichen und sauberen Geschäftsführung haben, hat den Gesetzgeber gezwungen, hier mit aller Strenge vorzugehen. Die Verantwortlichkeit, und damit die Anforderungen, die an die Leiter von Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit in ihrer Amtsausübung gestellt werden, sind im revidierten OR. bedeutend erhöht worden.[15] Die Organe einer AG. und somit auch die Geschäftsführer einer GmbH. haften für jeden absichtlich oder fahrlässig verursachten Schaden.[16] Es ergibt sich aus dieser erhöhten Verantwortlichkeit ein erhöhtes Maß der Sorgfalt bei der Ausübung der Organtätigkeit. Wie sieht diese Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers im einzelnen aus? Das Gesetz verlangt bei der Leitung der Geschäfte „alle Sorgfalt",[17] spricht sich aber dann nicht weiter über diesen sehr dehnbaren Begriff aus. Wir müssen uns daher das Bild der Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers aus seiner Gesamtstellung und insbesondere aus der Tatsache seiner größeren Verantwortlichkeit zusammensetzen. Es ist klar, daß hier eine absichtliche Anlehnung an das Aktienrecht vorgenommen und der individualistische Rahmen der GmbH. bewußt gesprengt worden ist. Die diligentia quam suis, welche vom Kollektivgesellschafter bei der Ausübung der Geschäftsführung verlangt wird, dient hier nicht als Maßstab. Bei der Kollektivgesellschaft genügt diese subjektive Abgrenzung, weil der Geschäftsführer dort die Angelegenheiten der

[14] Art. 827.
[15] vergl. Botschaft S. 60.
[16] Art. 754 Abs. 1.
[17] Art. 722 Abs. 1

Gesellschaft fast wie seine eigenen zu empfinden pflegt[18] und zudem, als Gesellschafter, für gesellschaftsschädigende Handlungen gegenüber den Gläubigern (indirekt) unbeschränkt haftet. Das pflichtgemäße Handeln der Organe juristischer Personen dagegen wird, vor allem bei der AG., nur durch das Vertrauensverhältnis zwischen Gesellschaft und Organträger bestimmt und die Beweggründe zur gewissenhaften Geschäftsführung sind mehr moralischer als egoistischer Natur.[19] Da jedoch die moralische Pflicht zum ordentlichen Handeln nicht immer vorausgesetzt werden darf und sowohl juristische Personen wie Dritte im voraus gegen schädigende Handlungen der Organe geschützt werden sollen, sieht man sich gezwungen, den subjektiven Maßstab der Sorgfaltspflicht durch objektive Kriterien zu ersetzen. Mit Recht kann allerdings eingewendet werden, daß die Voraussetzungen, die ein solches Vorgehen bei der AG. rechtfertigen, auf die GmbH. nicht zutreffen. Die vom Gesetzgeber vorgesehene GmbH. ist individualistisch, ihre Geschäftsführer, die zugleich Mitglieder sind, vertreten mit den Gesellschaftsinteressen wohl zugleich die eigenen. Das Vertrauensverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer läßt sich mit dem in der Kollektivgesellschaft herrschenden vergleichen. Eine Anpassung an die Kollektivgesellschaft wäre damit gegeben. Wir müssen zugeben, daß sich eine solche Auffassung hören lassen kann. Wenn dennoch das Recht der AG. auf die Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers anwendbar erklärt wurde (und wie uns scheint, geschah dies diskussionslos), so waren folgende Gründe wohl maßgebend: Einmal die Möglichkeit, die Geschäftsführung einem Nichtgesellschafter zu übertragen. Hier mußte vorgesorgt werden, daß diese, der Direktorenstellung einer AG. genau entsprechende Geschäftsführerstellung, mit den gleichen Sorgfaltspflichten ausgestattet werde wie dort. Sodann die Haftung. Die Gesellschafter der GmbH. haften nicht unbeschränkt wie die Kollektivgesellschafter. Trotz der Beobachtung der diligentia quam suis könnte Schaden eintreten, der durch das Gesellschaftsvermögen nicht ge-

[18] vergl. Siegwart Komm. zu Art. 538 N. 9.

[19] Kreis S. 56; Vigier, Die Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft gegenüber den Gläubigern, Diss. Bern 1907, S. 1.

deckt würde. Das dritte und wichtigste Moment ist der Gläubigerschutz. Durch verschärfte Sorgfalt und verschärfte Haftung soll der Geschäftsführer gezwungen werden, mit den der Gesellschaft von dritter Seite anvertrauten Geldern vorsichtig und pflichtgemäß umzugehen. Namentlich bei einer Gesellschaftsform wie die GmbH., deren Nachteile so übertrieben wurden und deren Einführung dermaßen bekämpft worden ist, schien es wohl geraten, durch einen umfassenden Gläubigerschutz auf diesem Gebiet ein gewisser Zutrauen und Wohlwollen zu schaffen. Von diesen Gesichtspunkten aus kann und muß sich die Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen auf die Sorgfaltspflicht des GmbH.-Geschäftsführers rechtfertigen lassen, wenn sie auch strukturgemäß nicht zutrifft.

Nach dem allgemeinen Grundsatz für alle Vertragsverhältnisse[20] soll sich das Maß der Haftung, im besondern also der Maßstab für die anzuwendende Sorgfalt, nach der Natur des Geschäftes richten. Er soll milder sein, wenn der Schuldner für sich aus dem Geschäft keinerlei Vorteil bezweckt. Von dieser Bestimmung macht das revidierte OR. für Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit eine Ausnahme. Die Besorgung fremder Angelegenheiten und die Verwaltung fremden Kapitals hat ungeachtet der Beteiligung des Geschäftsführers eine erhöhte Sorgfaltspflicht zu erfordern.[21] Die Stellung eines Geschäftsführers verpflichtet zur sorgfältigen und getreuen Ausführung aller übernommenen Geschäfte. Das deutsche Recht formuliert die Sorgfaltspflicht folgendermaßen[22]: „Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden." Auch diese Bestimmung ist ziemlich allgemein, aber bewußt dehnbar gefaßt.[23] Es handelt sich dabei um diejenige Sorgfaltspflicht, die jeder besonnene Geschäftsmann im konkreten Fall angewendet haben würde.[24] Der Maßstab ist ein objektiver, kein individueller. Er

[20] Art. 99 OR.

[21] Kreis S. 61.

[22] Deutsches GmbH.-Gesetz § 43.

[23] vergleiche Wimpfheimer, Zum Begriff der Sorgfaltspflicht von Aufsichtsrat und Vorstand, in Festschrift für Pinner, 1932, S. 636.

[24] Vigier a. a. O. S. 29.

beruht auf dem Durchschnitt, den der Beobachter aus dem Handeln anderer zieht.[25] Letzten Endes entscheidet hier das richterliche Ermessen.

Unsere Gesetzgebung vertritt hinsichtlich der Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers u. E. eine ähnliche Auffassung wie das deutsche Recht. Wenn das Unternehmen „nach der Grundsätzen einer sorgfältigen Geschäftsführung“[26] geleitet werden soll, so heißt das nichts anderes, als daß in concreto die Aufmerksamkeit und Eigenschaften eines Durchschnitts-Geschäftsführers verlangt werden. Neben den nötigen allgemeinen Fähigkeiten hat der Geschäftsführer dort, wo es die Besonderheit des Unternehmens erfordert, auch die erforderlichen Fachkenntnisse aufzuweisen. Er soll sich bewußt sein, daß jede absichtliche oder fahrlässig verursachte Schädigung der Gesellschaft einen Verstoß gegen seine Sorgfaltspflicht bedeutet. Eine solche Schädigung liegt schon vor, wenn jemand, sei er Gesellschafter oder Dritter, ein Geschäftsführeramt annimmt, dem er nicht gewachsen ist. Erfordert die Geschäftsführerstellung Eignungen und Fähigkeiten, die in dem Geschäftsführer nachweisbar nicht vorhanden sind, so darf er sich bei späterem Versagen nicht auf seine Unfähigkeit berufen.[27] In der Annahme der Geschäftsführerstellung selbst liegt schon eine grobe Pflichtverletzung. Bei Gesellschaften, welche das Obligatorium der Geschäftsführung durch alle Gesellschafter aufgestellt haben, hat daher der Eintritt eines zur Geschäftsführung Unfähigen zu unterbleiben. Diese strenge Auffassung ist umso mehr gerechtfertigt, weil jeder Geschäftsführer im voraus Kenntnis haben soll von den Rechten und Pflichten, die ihn erwarten.[28] Ist er darüber im unklaren, so hat er sich zu informieren. Wird der Geschäftsführer trotz seiner Unfähigkeit von der Gesellschaft wissentlich in sein Amt eingesetzt, so entbindet ihn dies nur von seiner Verantwortlichkeit gegenüber der juristischen Person. Gegenüber geschädigten Dritten hat er sich durch die Annahme des Amtes dennoch einer Verletzung der Sorg-

[25] Hachenburg Komm. zu § 43 Anm. 1.
[26] Botschaft S. 51.
[27] Vigier a. a. O. S. 30.
[28] Kreis S. 62.

faltspflicht schuldig gemacht. Er haftet, sobald der Schaden nicht durch die Gesellschaft gedeckt werden kann. Durch die Nachlässigkeit der Gesellschafter soll der Gläubiger, der sein Kapital vermeintlich einer sicheren und ordentlichen Verwaltung anvertraut hat, nicht zu Schaden kommen.

Zu der Sorgfaltspflicht i. w. S. gehört neben der ordentlichen Erfüllung der aus Gesetz, Statut oder aus kaufmännischem Verkehr sich ergebenden Aufgaben auch die genaue Ausführung der Beschlüsse und Weisungen der Gesellschaftsversammlung.[29] Der Geschäftsführer darf keine selbständigen Maßnahmen auf Gebieten treffen, wo die Beschlußfassung den Mitgliedern allein zusteht. Eine Pflichtverletzung kann dabei sowohl in einem Handeln wie in einem Unterlassen bestehen. Einzig wenn nach den Umständen die Einholung einer Erlaubnis nicht tunlich und überdies anzunehmen ist, die Gesellschafter würden sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt haben, darf der Geschäftsführer eine Ausnahme machen.[30] Sonst hat der Geschäftsführer alle Beschlüsse auszuführen, ohne sie auf ihre Zweckmäßigkeit zu untersuchen und ohne für allfällig daraus entstehenden Schaden zu haften.[31] Streitig ist, ob ein Geschäftsführer einen gegen Gesetz oder Statuten verstoßenden Beschluß ebenfalls auszuführen hat.[32] Wir sind der Ansicht, daß er hiezu nicht verpflichtet ist. Auch für den Geschäftsführer gelten die Bestimmungen des Art. 2 ZGB. Er hat in Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Weiß er um die Gesetzes- und Statutenwidrigkeit eines Beschlusses, — und dieses Wissen ist bei ihm kraft seiner Stellung sogar vorauszusetzen — so macht er sich bei dessen Ausführung mitschuldig.[33] Niemand kann aber gezwungen werden, eine Gesetzes- oder Statutenwidrigkeit zu begehen. Eine

[29] Art. 722 Zif. 1, sowie Art. 808: „Oberstes Organ der Gesellschaft ist die Gesellschafterversammlung."

[30] Kreis S. 58. — Analoge Anwendung von OR. Art. 397.

[31] Kolb S. 64.

[32] vergl. Feine S. 499; Brodmann Erl. 2 zu § 43; Hachenburg § 43 Anm. 5; Hirsch, Kann der Vorstand einer AG. zur Ausführung eines GV-Beschlussses gezwungen werden?, Zeitschrift f. d. ges. Handels- und Konkursrecht Bd. 95 (1930) S. 74.

[33] Goldschmidt S. 125, Wieland II S. 132.

anderslautende Auffassung stände zu den grundlegendsten Normen unserer Rechtsauffassung im Widerspruch. Der Geschäftsführer kann sich daher nicht auf seine Organstellung berufen und einen dennoch ausgeführten Beschluß, dessen Rechtswidrigkeit er kannte, mit seinem Abhängigkeitsverhältnis zur Gesellschaft und seiner Gehorsamspflicht rechtfertigen. Eine solche Entschuldigung wäre ein Rechtsmißbrauch; sie ist nie imstande, den Geschäftsführer bei schädigenden Folgen seiner Handlungsweise von der Haftung gegenüber Dritten zu befreien.[34]

Die hier vorgetragene Auffassung ist nicht nur Theorie; sie hat im Gesetz eine für die Praxis wichtige Bestätigung gefunden, nämlich im Anfechtungsrecht.[35] Die Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen richtet sich bei der GmbH. nach den für die AG. aufgestellten Vorschriften. Anfechtungsberechtigt bei der AG. ist sowohl Verwaltung wie Aktionär, auf die GmbH. angewendet: Geschäftsführer[36] und Gesellschafter. Die Geschäftsführer haben es in der Hand, die Ausführung eines widerrechtlichen Beschlusses durch sofortige Anfechtung zu vermeiden. Machen sie von ihrem

---

[34] Die Gesellschafter können sich natürlich nicht auf die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers berufen, denn dadurch, daß sie ihn zum schädigenden Handeln veranlaßt haben, sind sie bösgläubig und verlieren ihren Anspruch.

[35] vergl. Art. 706 und Art. 808, Abs. 5.

[36] Unter „Geschäftsführer" ist die Gesamtheit der Geschäftsführer zu verstehen. Wenn Art. 706 die Verwaltung und jeden Aktionär als anfechtungsberechtigt erklärt, so geht aus dieser Gegenüberstellung hervor, daß es sich hier um einen Akt aller Verwaltungsmitglieder oder wenigstens der Mehrheit davon handeln muß. Dem einzelnen Verwaltungsrat steht ja in seiner Eigenschaft als Aktionär die Anfechtungsklage sowieso zu. Die entsprechende Anwendung auf die GmbH. ergibt daher, daß nur ein Beschluß, an dem sämtliche Geschäftsführer beteiligt sind, die Anfechtung bewirken kann. Der geschäftsführende Dritte hat als Individualperson kein direktes Anfechtungsrecht, kann es aber innerhalb der Geschäftsführerkörperschaft als Organträger geltend machen. Ist er alleiniger Geschäftsführer, so leitet er sein Anfechtungsrecht nur von dem Umstand her, daß er sowohl Organ wie Organträger verkörpert. — Selbstverständlich hat der Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als Gesellschafter wie der Verwaltungsrat als Aktionär nebenher noch ein selbständiges Anfechtungsrecht.

Anfechtungsrecht keinen Gebrauch, so besteht auch nicht der mindeste Anlaß, sie bei schädigenden Folgen gegenüber Dritten von der Haftung auszuschließen. Jede absichtliche oder fahrlässige Ausführung einer schädigenden Handlung, auch wenn sie durch Gesellschaftsbeschluß veranlaßt worden ist, schließt eine Verletzung der gesetzlichen Sorgfaltspflicht in sich und bewirkt die Haftung der Geschäftsführer hinter der Gesellschaft.

Die strenge Sorgfaltspflicht, die dem Geschäftsführer obliegt, bezweckt, wie wir oben gesehen haben, den Schutz des Unternehmens und vor allem die Sicherung der Interessen Dritter. Aus letzterem Grunde sind die Bestimmungen zwingend. Sie können nach außen durch keine vertragliche Abmachung zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft eingeschränkt werden.[37] Dagegen steht einer Verschärfung oder Milderung im Innenverhältnis nichts im Wege. Der Sinn der ganzen Bestimmung liegt vor allem in ihrer erzieherischen und warnenden Wirkung. Der Geschäftsführer soll wissen, was für eine Verantwortlichkeit auf ihm bei der Verwaltung fremden Kapitals lastet und wie sich für ihn eine Verletzung der Sorgfaltspflicht auswirkt.[38]

c. Das Konkurrenzverbot

Art. 818 stellt für den geschäftsführenden Gesellschafter ein Konkurrenzverbot auf. Das Wettbewerbsverbot kann auch auf alle Gesellschafter ausgedehnt werden, niemals wird aber ein geschäftsführender Nichtgesellschafter darin einbezogen.[39] Die Pflicht zur Konkurrenzenthaltung beruht auf gesellschaftlicher Grundlage und betrifft darum nur den Gesellschafter. Ein Geschäftsführer, der

---

[37] Feine S. 498; Fischer S. 231; a. M. Brodmann Kom. z. § 43 Erl. 1; Hachenburg § 43 Anm. 2.

[38] Brühlmann, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 1935, N. 2 z. Art. 41.

[39] Das Konkurrenzverbot wurde verhältnismäßig spät für die GmbH. vorgesehen. Im Hoffmann'schen Entwurf (2. Entwurf) steht es noch nicht. Erst in der Expertenkommission gab Bachmann die Anregung dazu und formulierte sie folgendermassen (Protokoll d. Expertenkommission S. 506): „Ein geschäftsführender Gesellschafter darf ohne Zustimmung der Gesellschaft weder in dem Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene Rechnung,

nicht Mitglied der GmbH. ist, kann nur auf Grund vertraglicher Abmachung zur Konkurrenzenthaltung veranlaßt werden. Ob diese Pflicht schon aus seinem Anstellungsverhältnis zur Gesellschaft hervorgeht oder ob sie in einer speziellen Vereinbarung getroffen worden ist, bleibt sich gleich. Jedenfalls ist das Konkurrenzverbot des geschäftsführenden Nichtgesellschafters seiner rechtlichen Natur nach immer ein vertragliches und wohl zu unterscheiden von der mitgliedschaftlichen Bindung eines geschäftsführenden Gesellschafters.

Das Konkurrenzverbot des Geschäftsführenden Gesellschafters besteht in der Pflicht zur Unterlassung jeder Tätigkeit außerhalb der Gesellschaft, die in den Geschäftszweig der Unternehmung fallen würde. Der von dem Konkurrenzverbot betroffene Gesellschafter wird während der Dauer eines bestimmten Rechtsverhältnisses, des Gesellschaftsverhältnisses, in seiner gewerblichen Tätigkeit oder Freiheit beschränkt.[40] Das Verbot will verhindern, daß ein ge-

noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, noch an einer andern gleichartigen Unternehmung als unbeschränkt haftender Gesellschafter teilnehmen." Der 3. Entwurf geht auf Irrwegen. Er unterscheidet nicht mehr zwischen Gesellschafter und Nichtgesellschafter als Geschäftsführer, sondern verhängt das Konkurrenzverbot kurzweg über alle „mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen" (E 3 Art. 782). Dem Geschäftsführer wird ferner verboten, sich an einer andern gleichartigen Unternehmung als Kommanditär zu beteiligen. In den parlamentarischen Beratungen wurde mit der unrichtigen Ordnung des E 3 aufgeräumt. In der Folge stand nur noch zur Diskussion, welche Gesellschafter das Konkurrenzverbot treffen sollte. Der Nationalrat hatte anfänglich das Verbot für alle Gesellschafter zwingend aufgestellt, also für geschäftsführende und nichtgeschäftsführende (Bulletin 1934 S. 743). Der Ständerat wollte das Wettbewerbsverbot nur für die mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Gesellschafter angewendet wissen (Bulletin 1935 S. 266). Der Standpunkt des letzteren siegte, und man begnügte sich mit der fakultativen Ausdehnung auf alle Gesellschafter. Materiell, d. h. hinsichtlich der verbotenen Geschäfte hat das Konkurrenzverbot seit dem Bachmann'schen Antrag eine bedeutende Erweiterung erfahren. Verboten ist jetzt die Teilnahme an *jeder* (nicht nur gleichartigen) andern Unternehmung als unbeschränkt haftender Gesellschafter, als Kommanditär, als Mitglied einer GmbH.

[40] Darms, Das Konkurrenzverbot in den Gesellschaftsverhältnissen nach schweizerischem OR., Diss. Freiburg i. Ue., 1923, S. 22.

schäftsführendes Mitglied durch Betreibung gleichartiger Geschäfte und durch Beteiligung an gleichartigen Unternehmungen der Gesellschaft Konkurrenz bereite. Es will der Erreichung des Gesellschaftszieles förderlich sein.[41] Zudem sieht man darin ein Mittel, den Frieden unter den Gesellschaftern zu sichern. Das Konkurrenzverbot ist in gleicher Weise geeignet, die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren, wie auch die Arbeitskraft des Geschäftsführers der Gesellschaft zu erhalten.[42] Gewöhnlich schadet der Geschäftsführer, der Konkurrenz ausübt, sich selber, indem die Schädigung der Gesellschaft indirekt seinen Nachteil bedeutet. Wo jedoch die Lockung des zu erwartenden Vorteiles größer ist als der Schaden, der ihn als Gesellschafter betrifft, da wirkt das Konkurrenzverbot als warnende Schranke. Der Geschäftsführer soll die infolge seiner leitenden Stellung erworbenen Kenntnisse, insbesondere das Wissen um den Stand der Gesellschaft, ihre Vor- und Nachteile, ihren Kundenkreis usw. nicht zum Schaden der GmbH. und zu seinem Vorteil verwerten können, solange das gesellschaftliche Treueverhältnis besteht. Er soll nicht durch den Abschluß anderer Geschäfte, sei es auf eigene oder fremde Rechnung, das Gesellschaftsziel vereiteln oder dessen Erreichung teilweise verhindern und schwieriger gestalten. Berechtigt ist das Konkurrenzverbot dadurch, weil es als Aequivalent der Beschränkung der persönlichen Freiheit des Gesellschafters und Geschäftsführers die mehrfachen Vorteile der Zugehörigkeit zur Gesellschaft gewährt.

Die Pflicht zur Konkurrenzenthaltung wird sich normalerweise als Nebenerscheinung der Geschäftsführungspflicht und Gesellschafterstellung auswirken. Sie kann jedoch, auf alle Gesellschafter ausgedehnt, zur Hauptsache des Gesellschaftsvertrages werden. Dies wird insbesondere bei den Kartellen der Fall sein.[43] Vielfach ist

---

[41] Darms a. a. O. S. 24.

[42] Siegwart Komm. z. Art. 561 N. 5.

[43] Siegwart Komm. z. Art. 561 N. 6; Gysin, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, Zeitschr. f. schw. R. 49 (1930) S. 384; Hemmeler. Vertragliche Konkurrenzverbote, Diss. Bern 1918, S. 74 ff.; Grell, Die Kartell-GmbH., Diss. Köln 1936. — Eine besondere Bedeutung kommt hierbei der Geschäftsführerstellung zu, indem er für die Einhaltung der Konkurrenzenthaltungspflichten durch die Mitglieder zu wachen hat.

hier das Interesse der Beteiligten nicht auf eine Tätigkeit, sondern auf das Unterbleiben gewisser Handlungen gerichtet und dieses Ziel wird mittels gesellschaftlicher Bindung und allgemeinem Konkurrenzverbot am ehesten verwirklicht.

Das Verbot der freien Konkurrenz gilt nur während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses. Es entsteht als Folge des vom Geschäftsführer mit den andern Gesellschaftern abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages. Mit der Rückgabe des Geschäftsführeramtes bzw. mit der Auflösung der GmbH. fällt es wieder dahin, falls nichts anderes vereinbart wurde.

In seinem sachlichen Umfang verbietet das Konkurrenzverbot dem Geschäftsführer zweierlei: Einmal sind ihm alle Geschäfte, sei es für eigene oder für Rechnung Dritter, untersagt, die in den Geschäftszweig der Gesellschaft fallen. Sodann gestattet ihm das Gesetz nicht, sich an einer andern Unternehmung zu beteiligen, sofern es sich dabei um eine Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft,[44] oder einer GmbH. handelt, die den gleichen Zweck wie die von ihm geleitete GmbH. verfolgt. Die Aufzählung der verbotenen Beteiligungen ist abschließend. Der Geschäftsführer kann demnach sowohl Aktionär wie Genossenschafter einer konkurrierenden Unternehmung sein. Womit die Ausnahmestellung der beiden Körperschaften begründet werden soll, ist nicht ganz klar. Der individualistische Aufbau von Kollektiv- und Kommanditgesellschaft und GmbH. als Gegensatz zu der Struktur von AG. und Genossenschaft ist kein zwingender Grund, denn zumindest die letztere der beiden weist starke persönliche Momente und mitgliedschaftliche Bindungen auf.[45] Die einzige Begründung, die sich finden läßt, liegt in der Organisationsform beider Körperschaften: Genossenschafter und Aktionär nehmen nicht unmittelbar an der Leitung der Gesellschaft teil. Sie sind zu geringer mitgliedschaftlicher Mitarbeit angehalten und haben gewöhnlich keine besondere Kenntnis

[44] Auch die Teilnahme als Kommanditär ist ihm untersagt.

[45] Daher wird die Genossenschaft auch vielfach als Kartellform benutzt. Nach der gesetzlichen Regelung ist es nun denkbar, daß der Geschäftsführer einer Kartell-GmbH. zugleich Mitglied einer konkurrierenden Kartell-Genossenschaft ist. Eine höchst bedenkliche Situation!

vom Stand ihres Unternehmens. Somit rechtfertigt sich für die AG. die Aufhebung des Konkurrenzverbotes, nicht aber für die Genossenschaft, wo u. E. aus den oben geltend gemachten Gründen dem Geschäftsführer mit dem selben Recht eine Beteiligung untersagt werden müßte, wie dies bei den in Art. 818 genannten Gesellschaften geschehen ist.

Gemeinsam für beide Verbote, für das Verbot des Geschäftemachens für eigene oder fremde Rechnung wie das der Teilnahme an den genannten Unternehmungen, gilt die Voraussetzung, daß es sich dabei um Geschäfte bzw. Unternehmungen handelt, die in irgend einer Beziehung zum Geschäftsbereich der GmbH. stehen. Für die Uebertretung des Verbots genügt jede Tatsache des Geschäftsabschlusses in diesem Gebiet. Nicht erforderlich ist, daß das konkurrierende Tätigwerden des Geschäftsführers schädigend wirkt.[46] Schädigende Handlungen, die nicht in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fallen, werden vom Konkurrenzverbot nicht erfaßt.[47] Ob ein Geschäft in den Geschäftszweig der Gesellschaft fällt, ist eine Frage, die nur im einzelnen gelöst werden kann. Für die Beurteilung des Geschäftskreises ist maßgebend der tatsächliche Umfang und nicht die Umgrenzung, wie sie sich aus dem Wortlaut des Gesellschaftsvertrages oder Eintrages ergibt.[48] Art und Form des Geschäftes, so z. B. beim Warengeschäft die Gattung der Ware, bei der Form Export- oder Importgeschäft, sind wertvolle Kriterien zur Beurteilung ob ein Konkurrenzgeschäft bzw. -Unternehmen vorliegt. Gewisse Faktoren, wie z. B. der Kundenkreis, sind ebenfalls wichtige Fingerzeige. Besteht eine Uebereinstimmung zwischen dem vom Geschäftsführer abgeschlossenen Geschäft und dem Geschäftskreis der GmbH. in einem dieser Punkte, so handelt der Geschäftsführer verbotswidrig. Verboten ist dem Geschäftsführer sowohl der Abschluß solcher Konkurrenzgeschäfte auf eigene Rechnung und der Betrieb einer Konkurrenz-

[46] Darms a. a. O. S. 67.

[47] Hier haben wir als Prävention die Beschränkung der Geschäftsführung, als Sanktion ihre Entziehung und die Haftung des Geschäftsführers.

[48] Darms a. a. O. S. 69; Siegwart Komm. z. Art. 561 N. 10.

unternehmung als Geschäftsinhaber, wie auch die Tätigkeit für Rechnung eines andern als Prokurist, Handlungsbevollmächtigter, Agent, Kommissionär, Organ einer juristischen Person.[49]

Die Pflicht des geschäftsführenden Gesellschafters zur Konkurrenzenthaltung besteht von Gesetzes wegen. Sie ist aber nicht zwingend und kann vertraglich verschärft oder gemildert werden. Eine Verschärfung des Verbots hat ihre Grenzen in den Bestimmungen über die Vertragsfreiheit.[50] Das Verbot darf nicht zu einer Entäußerung der persönlichen Freiheit ausarten und muß sich innerhalb der Schranken von Recht und Sittlichkeit bewegen. Daß eine Milderung möglich ist, ist schon aus dem Gesetzestext ersichtlich: „Ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter" ist es dem Geschäftsführer nicht erlaubt, Konkurrenzgeschäfte zu machen. Die Zustimmung kann allgemein, für alle Handlungen des Geschäftsführers erteilt werden, oder sie offenbart sich als spezielle Erlaubnis für einen Einzelfall. Sie entbindet den Geschäftsführer von der Pflicht der Konkurrenzenthaltung, nicht aber von seinen übrigen Pflichten, insbesondere der Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft. Die Zustimmung kann auch stillschweigend zugestanden werden. Sie wird insbesondere dann vermutet, wenn der Gesellschafter sich zur Zeit der fraglichen Zustimmungserteilung an einer gleichartigen Unternehmung beteiligte oder ein gleiches Geschäft betrieb. Voraussetzung ist, daß die übrigen Gesellschafter von der konkurrierenden Tätigkeit des Geschäftsführers Kenntnis hatten.[51] In ihrer stillschweigenden Billigung liegt Zustimmung.[52]

Für Uebertretungen des Konkurrenzverbotes haftet der Geschäftsführer. Und zwar untersteht er den besonderen Haftungsnormen für die Organe der GmbH., worauf wir weiter unten noch

---

[49] Siegwart Komm. z. Art. 561 N. 11 und 12.

[50] Art. 19 und 20 OR. und Art. 27 ZGB.

[51] Das „Kenntnis haben" bedeutet nicht Kennensollen. Erst wenn der Geschäftsführer weiß, daß die Gesellschafter über seine Tätigkeit als Konkurrent oder im Dienste eines Konkurrenten im Bilde sind, darf er die stillschweigende Einwilligung vermuten.

[52] Wieland I S. 583.

zurückkommen werden. Hier soll nur über die ausschließlich dem Konkurrenzverbot eigenen Sanktionsbestimmungen gesprochen werden. Die Gesellschaft hat das Recht, jederzeit bei Ausübung der Konkurrenz die Unterlassung zu verlangen. Gegenüber einem renitenten Geschäftsführer kann sie, bei drohendem Schaden, auf Feststellung des Verbotes bzw. auf Unterlassung künftiger Störungen klagen.[53] Fraglich ist, ob die Gesellschaft ein Eintrittsrecht in die vom Geschäftsführer verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte besitzt. Bei der Prokura steht dem Geschäftsherrn ein solches Recht zu.[54] Für das Gesellschaftsrecht ist diese Lösung nicht ausdrücklich vorgesehen, ist aber gerechtfertigt.[55] Der Richter kann bei der Festsetzung des Ersatzes die Gesellschaft zu der Uebernahme des verbotenen Geschäftes ermächtigen. Ob der Richter auch befugt ist, der Gesellschaft den Gewinn aus dem verbotenen Geschäft zuzusprechen,[56] scheint uns fraglich. Sicherlich wird dies nur bei Vorliegen eines Schadens in Form von entgangenem Gewinn (lucrum cessans) für die Gesellschaft möglich sein. Gegenüber dem Dritten ist das verbotswidrig abgeschlossene Geschäft gültig, da das Konkurrenzverbot nur innergesellschaftliche Wirkungen nach sich zieht.

Ein Nichtgesellschafter, dem die Geschäftsführung anvertraut worden ist, untersteht nicht ohne weiteres dem Konkurrenzverbot. Eine Pflicht zur Konkurrenzenthaltung kann sich für ihn aus dem Anstellungsvertrag stillschweigend ergeben, so z. B. wenn er seine ganze Zeit und Arbeitskraft ausschließlich der Gesellschaft zu widmen hat.[57] Es liegt im Wesen des Dienstvertrages (in dessen Form das Anstellungsverhältnis wohl am häufigsten auftreten wird), daß als Ausfluß der Treuepflicht für die Dauer der Anstellung ein Konkurrenzverbot gilt, dessen Wirkungen nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Dienstherrn dahinfallen.[58]

---

[53] Siegwart Komm. z. Art. 561 N. 39.
[54] Art. 464 Abs. 2 OR.
[55] Wieland I S. 583.
[56] Darms, a. a. O. S. 94.
[57] vergl. Oser-Schönenberger Komm. z. OR. Art. 356 N. 8.
[58] vergl. Zeitschr. d. Bern. J. V. 60 S. 609.

Zur Konkurrenzenthaltung gehört auch hier die Unterlassung aller in den Geschäftszweig der Gesellschaft fallenden Geschäfte auf eigene oder Dritter Rechnung, jedoch u. E. nur dann, wenn sie entweder die Interessen der Gesellschaft, ihren Ruf, ihr Ansehen, den ungestörten Gang der Geschäfte schädigen oder wenn durch das betreffende Geschäft eine Pflichtenkollusion zu befürchten ist.[59] Notwendig ist also, daß irgend eine Schädigung im weitesten Sinne erfolgt. Eine Konkurrenzhandlung, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist rechtmäßig, im Gegensatz zum Konkurrenzverbot des geschäftsführenden Gesellschafters, wo jede Betätigung im Geschäftszweig der Gesellschaft als Pflichtverletzung gewertet wird.

Will die Gesellschaft ganz sicher gehen und den Nichtgesellschafter den gleichen Wettbewerbsenthaltungspflichten unterstellen wie den Gesellschafter, so kann sie dies auf dem Wege des Vertrages tun. Das Konkurrenzverbot kann auch beim Nichtgesellschafter innerhalb der Schranken der Art. 19 und 20 OR. beliebig verschärft werden.

Die Pflicht des Geschäftsführers zur Konkurrenzenthaltung erlischt für Gesellschafter wie Nichtgesellschafter mit der Niederlegung des Geschäftsführeramtes oder der Auflösung der Gesellschaft. Oft hat aber die Gesellschaft oder deren Nachfolger ein Interesse, daß der abtretende Geschäftsführer die im Dienste der Gesellschaft erworbenen Kenntnisse nicht zu ihrem Nachteil auch später verwertet. Sie schützt sich davor, indem sie das Konkurrenzverbot zeitlich, örtlich oder sachlich auch nach Niederlegung des Geschäftsführeramtes gelten läßt. Dazu bedarf es einer vertraglichen Abmachung zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft. Vorgesehen ist das verlängerte Konkurrenzverbot nur beim Dienstvertrag.[60] Es muß in seinem Umfang nach Ort, Zeit und Gegenstand in angemessener Weise begrenzt sein. Ein Konkurrenzverbot, das eine unbillige oder schikanöse Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstpflichtigen enthält, ist ungültig.

Für den Gesellschafter kann ein verlängertes Konkurrenzverbot bei seinem Austritt verbindlich vereinbart werden. Möglich

[59] Oser-Schönenberger Komm. z. Art. 319 N. 31/32.
[60] Art. 356 ff.

ist aber auch die Aufnahme einer solchen Bestimmung schon im Gesellschaftsvertrag, trotzdem sie ihre Wirkungen erst äußert, wenn die andern gesellschaftlichen Verpflichtungen schon erloschen sind.[61] Niemals kann ihm die Pflicht zur nachträglichen Konkurrenzenthaltung durch Gesellschaftsbeschluß aufgebürdet werden. Für einen Nichtgesellschafter ergibt sich bei Vorliegen eines Dienstvertrages die Anwendung des dienstvertraglichen Konkurrenzverbotes.[62] In andern Fällen muß eine entsprechende Abrede getroffen werden. Die dienstvertragliche Konkurrenzklausel ist nicht ohne weiteres auch auf andere Vertrags- oder Gesellschaftsverhältnisse anwendbar. Beim Dienstvertrag stehen sich Dienstherr und Dienstnehmer gegenüber und das Gesetz sucht dabei den wirtschaftlich Schwächeren, den Dienstnehmer, zu schützen. Im Gesellschaftsverhältnis besteht dieser Unterschied nicht. Die Parteien sind hier grundsätzlich von gleicher wirtschaftlicher Stärke und Unabhängigkeit, weshalb die Schutzvorschriften der Art. 356/60 auf sie keine Anwendung finden. Es reichen die allgemeinen Normen aus, um der freien Vereinbarung genügende Schranken zu ziehen.[63] Im Grunde genommen wollen jedoch auch die allgemeinen Grundsätze der Art. 19/20 OR. und Art. 27 ZGB. nichts anderes als eine übermäßige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit oder eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des ehemaligen Geschäftsführers zu vermeiden.[64] Die Sanktion für die Ueberschreitung des Konkurrenzverbotes geht auch hier auf Schadenersatz. Und zwar bestimmt sich der Schadenersatz, als Nachwirkung des Gesellschaftsvertrages, nach der Haftungsordnung des Gesellschaftsrechtes.[65] Bei erst drohendem Schaden kann auf Feststellung des Verbotes geklagt werden, bei drohendem weiteren Schaden auf Unterlassung künftiger Störungen.

---

[61] Hemmeler, Vertragliche Konkurrenzverbote S. 70 ff.
[62] vergl. Becker, Kommentar z. OR. Art. 356 ff.
[63] Darms a. a. O. S. 84.
[64] vergl. BGE 53 II 329; 39 II 544.
[65] Siegwart Komm. z. Art. 561 N. 40.

2. Rechte des Geschäftsführers

a. Der Lohn- und Ersatzanspruch

Ob der Geschäftsführer eine Vergütung zu beanspruchen hat, ist in erster Linie aus der Festsetzung des Gesellschafts- bzw. Anstellungsvertrages, sodann aus den Umständen zu entnehmen.[66] Wie aber, wenn im Vertrag nichts gesagt ist und die Umstände so beschaffen sind, daß sich nichts daraus ableiten läßt? Steht dem Geschäftsführer für seine Arbeitsleistung prinzipiell ein Lohnanspruch zu oder nicht? Das Gesetz sagt nichts darüber. Bevor wir die Frage beantworten, müssen wir wissen, wo ihr Anknüpfungspunkt ist. Hier ist einer der wenigen Fälle, in dem das Gesetz schweigt und keinerlei Hinweis gibt, ob auf die Kollektivgesellschaft oder auf die AG. zurückgegriffen werden soll. Die Entscheidung liegt jedoch auf der Hand. In der vom Gesetz als grundlegend vorgesehenen Ordnung ist der Gesellschafter zugleich Geschäftsführer. Er ist es deshalb, weil man eine Vereinigung von Arbeitsleistung und Kapitalleistung in einer Hand erstrebte. Die Beitragspflicht der Gesellschafter erstreckt sich auf beides. Die Geschäftsführungspflicht als mitgliedschaftliche Pflicht ist dem Aktienrecht fremd. Es ergibt sich darum für uns zwingend, daß die Frage, ob dem Geschäftsführer eine Vergütung für seine Tätigkeit zusteht oder nicht, nur nach dem Recht der Kollektivgesellschaft beurteilt werden kann. Bei der Kollektivgesellschaft steht dem Geschäftsführer mangels besonderer Vereinbarung kein Anspruch auf Lohn zu.[67] Er hat seine Geschäftsführertätigkeit als Gesellschafter zu

[66] Feine S. 483.

[67] Art. 537 Abs. 3 — Vergleichsweise soll die aktienrechtliche Regelung dargestellt werden. Auch hier besteht für die Entgeltlichkeit der Dienste keine Rechtsvermutung. Es entspricht jedoch dem dienstvertragsähnlichen Verhältnis, in dem die Verwaltung zur Gesellschaft steht, daß eine Vergütung geleistet wird. Dies geschieht in der Form eines festen Honorars, oft auch — und man kann fast sagen, daß dies zur Uebung geworden ist — durch Verabreichung eines Anteils am Reingewinn, der sog. Tantième. Die Tantième ist kein aus der Mitgliedschaft entspringender Anspruch, sondern eine nach dem Geschäftsgang variierende Belohnung. Vergl. zu diesen Darlegungen Fischer S. 218, Wieland II S. 124, Kolb S. 66, Hachenburg Komm. z. § 35 Anm. 50 a/b.

leisten und empfängt seinen Lohn indirekt durch die Vermehrung des Gesellschaftsgewinnes.[68] Indessen ist nicht anzunehmen, daß durch den Art. 537 eine Vergütung für jegliche Tätigkeit eines Gesellschafters für die Gesellschaft ausgeschlossen sein soll. Man hat bei der unentgeltlichen Tätigkeit nur an solche Bemühungen zu denken, die aus der Geschäftsführung oder aus den untrennbar damit verbundenen Handlungen entstehen. Nicht davon betroffen werden solche Handlungen, die das Maß der gewöhnlichen Geschäftsführung überschreiten oder solche Tätigkeiten, die außerhalb der normalen Geschäftsführertätigkeit liegen.[69] Für solche Dienstleistungen außerhalb des Rahmens der Geschäftsführung ist Dienst- oder Werkvertrag oder Auftrag anzunehmen und darnach eine Vergütung gerechtfertigt. Wieland[70] nennt folgendes eindrückliches Beispiel: Ein Rechtsanwalt, der Geschäftsführer einer Gesellschaft ist, hat für die Erteilung von juristischem Rat und die Mitwirkung bei Rechtsgeschäften keine besondere Vergütung zu fordern. Wird er dagegen mit der Führung eines Prozesses betraut, so liegt Auftrag bzw. Werkvertrag vor, denn die Verrichtungen eines Anwalts gehören nicht zu den einem Geschäftsführer persönlich obliegenden Dienstleistungen. Eine Vergütung kann also überall dort verlangt werden, wo es sich um Dienste handelt, die eine besondere Kenntnis oder Fähigkeit erfordern. Etwas anderes ist es allerdings, wenn der Gesellschafter gerade wegen seiner Kenntnisse und wegen des von ihm ausgeübten Berufes in die Gesellschaft aufgenommen und zur Geschäftsführung berufen worden ist. Dann gilt seine berufliche Tätigkeit als mitgliedschaftlicher Beitrag. So wird eine GmbH., welche die Errichtung von Bauten als Gesellschaftszweck betreibt, nicht verpflichtet sein, ihren geschäftsführenden Architekten für seine Leistungen besonders zu belohnen.

---

[68] Dies ist u. E. der alleinige Grund, warum er keinen Lohnanspruch hat, und nicht, wie Wieland (Bd. I S. 564 Anm. 15) annimmt, die Inkommensurabilität des Arbeitswertes. Dafür ließe sich schon der Durchschnittswert einer ordentlichen Geschäftsführungsarbeit errechnen.

[69] Iklé S. 118 — BGE 25 II 808.

[70] Bd. I S. 565.

Durch Vertrag kann dem Geschäftsführer eine Vergütung zugesprochen werden. Sie kann bestehen in einem festen Lohn oder auch in einem Anteil am Reingewinn. Möglich ist auch die Verbindung beider Entschädigungsarten, indem dem Geschäftsführer eine bestimmte Quote am Reingewinn versprochen wird, wovon eine feste Summe garantiert ist.[71] Durch die Festsetzung eines Lohnes tritt der Geschäftsführer neben seiner mitgliedschaftlichen Stellung in ein dienstvertragliches Verhältnis zur Gesellschaft und seine Ansprüche stützen sich bei ihrer Geltendmachung auf die entsprechenden Normen des Dienstvertrages.

Von geringerer Bedeutung, im Vergleich zum Lohnanspruch, ist der Anspruch des Geschäftsführers auf Ersatz seiner Auslagen. Es wird nirgends bestritten, daß Aufwendungen, die der Geschäftsführer in Ausübung seiner Tätigkeit aus eigener Tasche gemacht hat, von der GmbH. ersetzt werden müssen. Für die einfache und Kollektivgesellschaft besteht eine ausdrückliche Vorschrift.[72] Sie ist auch auf die andern Gesellschaftsarten anwendbar. Bei den Körperschaften mit einem festen Vermögen werden Auslagen des Geschäftsführers in Form unmittelbarer Vermögensleistungen an die Gesellschaft selten sein. Dagegen ergeben sich häufig Auslagen aus Reisespesen, Repräsentationskosten ect.[73] Sie sind dem Geschäftsführer zurückzuerstatten. Einzige Voraussetzung ist, daß der Geschäftsführer dabei in Angelegenheiten der Gesellschaft gehandelt hat. Der Ersatzanspruch besteht auch neben einem allfälligen Lohnanspruch. Allerdings kann abgeredet werden, daß alle Auslagen durch ein verhältnismäßig hohes Honorar gedeckt sein sollen.[74]

Eine andere Art des Ersatzes ist die Schadloshaltung für Verluste. Hier handelt es sich um Folgen aus der Geschäftsführung, die ungewollt oder unerwartet eingetreten sind. Verluste sind, im Gegensatz zu den Aufwendungen, auf ein der Gesellschaft fremdes, schädigendes Ereignis zurückzuführen. Die Schadenersatzforderung

---

[71] Iklé S. 121.
[72] Art. 537.
[73] vergl. Siegwart Komm. z. Art. 537 N. 4; Iklé S. 102 und 104.
[74] Kolb S. 69.

entsteht sowohl für Verluste, die unmittelbar aus der Geschäftsführung eintraten, als auch für Schädigungen, die aus den untrennbar damit verbundenen Gefahren entstanden sind.[75] Es muß also ein Kausalzusammenhang zwischen Geschäftsführungshandlung und schädigendem Ereignis bestehen. Verluste, die sich bloß in einem losen Zusammenhang zur Geschäftsführung befinden, brauchen nicht ersetzt zu werden. Der Ersatzanspruch ist zu ermäßigen oder ganz auszuschließen bei Mitverschulden des Geschäftsführers oder Mitverursachung durch andere Umstände, für die er einzustehen hat.[76] Der Geschäftsführer kann durch den Nachweis der nötigen Sorgfalt jederzeit einen streitigen Anspruch aus Verlusten zu seinen Gunsten entscheiden. Erbringt die Gesellschaft dagegen den Beweis, daß sich der Geschäftsführer einer fahrlässigen oder absichtlichen Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, so entlastet sie sich damit von ihrer Haftpflicht.

Der zu ersetzende Schaden betrifft nur den Schaden am Vermögen oder an der Person des Geschäftsführers. Aufwand an Zeit oder entzogener Gewinn fallen nicht darunter, denn jeder Gesellschafter muß bei der Uebernahme der Geschäftsführung damit rechnen, daß seine Tätigkeit ein Zeitopfer bedeutet und vielleicht einen eigenen Erwerb ausschließt. Der Geschäftsführer kann die Gesellschaft auch nicht für Schädigungen in seiner Gesundheit verantwortlich machen, soweit er im Rahmen normaler Geschäftsführertätigkeit gehandelt hat. Erst wenn er sich, durch äußere Umstände gezwungen, in einem übernormalen Maß für das Bestehen und Gedeihen der Gesellschaft eingesetzt hat und dabei in seiner Person zu Schaden gekommen ist, kann daraus gegenüber der Gesellschaft ein Schadenersatzanspruch abgeleitet werden.

b. Das Widerspruchsrecht

Das Widerspruchsrecht ist ein wesentlicher Bestandteil der Geschäftsführungsbefugnis. Es ist nicht zu verwechseln mit dem Anfechtungsrecht, das dem einzelnen Geschäftsführer in Gemein-

---

[75] Iklé S. 107.

[76] Siegwart Komm. z. Art. 537 N. 8.

schaft mit den andern Geschäftsführern gegen Gesellschafterbeschlüsse gegeben ist.[77] Das Widerspruchsrecht hat seinen Wirkungskreis nur unter den Geschäftsführern selber. Es ist das Recht des einzelnen Geschäftsführers, gegen bestimmte Handlungen seines oder seiner Kollegen Einsprache erheben zu dürfen. Der Widerspruch kann erfolgen im Interesse der Gesellschaft; dann vertritt der Geschäftsführer gewissermaßen die Funktionen eines Kontrollorganes, das den Eintritt gesellschaftsschädigender Handlungen zu vermeiden sucht. In der Hauptsache übt er jedoch sein Einspracherecht in eigenem Interesse aus. Der Geschäftsführer haftet für jede Schadensverursachung, die unter seiner Geschäftsführung erfolgt. Er kann sich, falls eine solche Handlung von einem andern Geschäftsführer vorgenommen wird, durch den rechtzeitig erfolgten Widerspruch von seiner Haftung befreien.[78] Die Möglichkeit des Widerspruches schützt den Geschäftsführer vor den drohenden Folgen der Handlungsweise böswilliger Kollegen und verpflichtet ihn gleichzeitig zu einer gewissen Kontrolle gegenüber den Mitgeschäftsführern.

Das Widerspruchsrecht hat einen beschränkten Wirkungskreis. Es setzt voraus, daß der widersprechende Geschäftsführer selber zur Vornahme der widerspruchserregenden Handlung berechtigt wäre. Die Handlung muß m. a. W. in das Ressort des Geschäftsführers fallen. Eine vollkommene Aufteilung sämtlicher Geschäftsführungsbefugnisse unter die Geschäftsführer würde ein Widerspruchsrecht illusorisch machen. Ferner muß vorausgesetzt werden, daß die Geschäftsführungsbefugnis den Geschäftsführern als Einzelberechtigung zusteht. Nur dann ist es denkbar, daß ein Geschäftsführer durch seine Handlung den Widerspruch eines andern erregt. Der widersprechende Geschäftsführer erhebt seine Einsprache nicht gegen die Kompetenz des handelnden Geschäftsführers, sondern er ist mit dem Inhalt der Handlung nicht einverstanden. Die Geltendmachung des Widerspruchs richtet sich gegen eine schon begonnene, aber noch nicht vollendete Handlung.[79]

[77] siehe oben S. 63/64.

[78] Iklé S. 44.

[79] Darum kann man bei der gemeinsamen Geschäftsführungsbefugnis

Die Einsprache darf sich nur vom schutzwürdigen Interesse der Gesellschaft oder des widersprechenden Geschäftsführers leiten lassen. Ein in schikanöser Weise oder gegen die gute Treue erhobener Widerspruch findet keine Beachtung.[80] Ist der Widerspruch berechtigt, so hat die Handlung zu unterbleiben. Gegebenenfalls hat die Gesellschafterversammlung zu entscheiden, wie vorgegangen werden soll. Wird eine zweckmäßige und notwendige Handlung infolge eines Widerspruchs unterlassen, so ist der Widersprechende zu Schadenersatz verpflichtet, falls er nicht nachweisen kann, daß ihn kein Verschulden trifft.[81]

c. Das Recht auf Entlastung

Der Geschäftsführer hat jährlich der ordentlichen Gesellschafterversammlung die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen.[82] Er hat ferner Bericht zu erstatten über seine Tätigkeit innerhalb der Gesellschaft und alles den Gesellschaftern zu unterbreiten, was über sein Handeln als Geschäftsführer und Vertreter Aufschluß gibt. Die Gesellschafterversammlung nimmt seinen Bericht entgegen und ist berechtigt, von ihm nähere Auskünfte zu verlangen. Findet sie die Geschäftsführung in Ordnung, so wird ihm durch Gesellschafts-

---

aller Geschäftsführer nicht gut von einem Widerspruch in obigem Sinn sprechen. Die Bedenken, die ein Geschäftsführer gegen eine von der Geschäftsführerversammlung zu beschließende Handlung hat, kann er vor der Ausführung des Beschlusses auf dem Wege der Nichtzustimmung geltend machen. Er wird dadurch von den Folgen der Handlung befreit. Gegen den gefaßten Beschluß und dessen Ausführung kann er nichts mehr unternehmen. — Bei der Einzelbefugnis ist dagegen der Widerspruch gegen eine Geschäftsführungshandlung erst möglich, wenn sie bereits begonnen wurde, und erst dann kann sich der Geschäftsführer durch sein Veto von der Haftung befreien.

[80] Wieland I S. 569.

[81] Iklé S. 46.

[82] Wo eine Kontrollstelle vorhanden ist, wird die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz von einem schriftlichen Bericht der Revisoren begleitet sein (Art. 729), so daß in der Regel die Gesellschafterversammlung nur noch diesen zu genehmigen hat.

beschluß die Entlastung, sog. Décharge, erteilt. Die Déchargeerteilung ist nicht eine Entlastung für die Rechnungsaufstellung, sondern für die Geschäftsführung überhaupt.[83] Durch sie erklärt die Gesellschaft, daß für eine bestimmte Periode aus der Geschäftsführung keinerlei Forderungen hergeleitet werden können. Diese Erklärung schließt die Geltendmachung von Beschwerden über die Geschäftsführung nicht aus und die Geschäftsführertätigkeit kann im einzelnen wie im ganzen weitgehende Mißbilligung erfahren, ohne daß jedoch dadurch die Entlastung beeinträchtig würde.[84] Für den Geschäftsführer liegt daher die weittragende Bedeutung des Entlastungsbeschlusses neben der Haftungsbefreiung auch in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkennung oder Mißbilligung, welche seine Art der Geschäftsführung bei den Gesellschaftern hervorruft.[85] Er kann daraus entnehmen, wie er die Interessen der Gesellschaft weiterhin zu vertreten hat.

Die Entlastung kann von der Gesellschafterversammlung auch dann erteilt werden, wenn diese von Tatsachen Kenntnis hat, die sie zu Ansprüchen gegenüber dem Geschäftsführer berechtigen würden. Die Entlastung kommt damit einem Schulderlaß gleich.[86] Die Gesellschaft verzichtet auf Geltendmachung von an und für sich zu Recht bestehenden Ansprüchen gegenüber dem Geschäftsführer. Wird dagegen die Geschäftsführung in Ordnung befunden, d. h. hat die Ueberprüfung nichts ergeben, woraus sie irgendwelche Forderungen an den Geschäftsführer ableiten könnte, so m u ß die Gesellschafterversammlung die Entlastung aussprechen. Die Déchargeerteilung hat also die Bedeutung einer negativen Anerkennung, daß gegen den Geschäftsführer nichts Belastendes vorgebracht werden kann.[87]

---

[83] Bachmann, Der Entlastungsbeschluß (Déchargeerteilung) der Generalversammlung der AG. für die Geschäftsführung der Verwaltung und die Rechnungsprüfung der Kontrollstelle, in Festschrift für Georg Cohn, Zürich 1915, S. 694.

[84] Bachmann a. a. O.

[85] Kreis S. 80.

[86] Kolb S. 70.

[87] Hachenburg Komm. z. § 46 Anm. 25 a.

Das Institut der Déchargeerteilung bezweckt den Schutz des Geschäftsführers vor Verantwortlichkeitsklagen, die sich auf weit zurückliegende und deshalb nur noch schwer feststellbare Pflichtverletzungen stützen.[88] Die Gesellschaft soll sich am Schlusse einer Geschäftsperiode im klaren sein, ob sie zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen schreiten will oder nicht. Sie soll durch die Verweigerung der Entlastung nicht einen Schwebezustand herbeiführen oder gar einen Zwang auf den Geschäftsführer ausüben können. Wo der Geschäftsführer seine Pflichten erfüllt hat, besteht für ihn ein Recht auf Anerkennung seiner Leistung, das er bei Verweigerung durch die Gesellschaft vor dem Richter geltend machen kann. Der Anspruch auf Erteilung der Entlastung besteht aber erst, wenn die Gesellschafterversammlung die Décharge verweigert oder ungebührlich lang hinauszieht. Da jedoch die Gesellschafter durch richterliches Urteil faktisch auch nicht zur Abgabe einer Entlastungserklärung gezwungen werden können, muß die Klage des Geschäftsführers nicht auf eine Leistung, sondern richtigerweise auf eine Feststellung gehen.[89] Durch das Urteil wird festgestellt, daß die Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer keine Ansprüche aus seiner Tätigkeit während einer bestimmten Geschäftsführungsperiode besitzt.[90] Damit wird genau der gleiche Erfolg erzielt wie mit einem entlastenden Gesellschafterbeschluß.

Die Déchargeerteilung befreit den Geschäftsführer von seiner Haftung. Jedoch steht sie hinsichtlich ihrer Rechtswirksamkeit unter den allgemeinen Vorschriften über den guten Glauben, und es wird verlangt, daß sie nicht durch Irrtum, Arglist oder Zwang herbeigeführt worden ist.[91] Zwei Fälle sind hier besonders wichtig. Die Entlastung erstreckt sich nur auf solche Tatsachen, die den Gesellschaftern bekannt sind oder bekannt sein müssen. Alles, was der Geschäftsführer absichtlich oder fahrlässig verschweigt, wird

---

[88] Kolb S. 70.

[89] Hachenburg Komm. z. § 46 Anm. 25a; a. M. Brodmann S. 175, Feine S. 502.

[90] vergl. den Entscheid des Reichsgerichts in RGZ 89, 396.

[91] Bachmann a. a. O. S. 696; Henggeler, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit . . S. 53.

bei Gutgläubigkeit der Gesellschafter nicht durch den Beschluß gedeckt. Umgekehrt fallen unter den Entlastungsbeschluß alle die Tatsachen, die deutlich in den Unterlagen stehen, von den Mitgliedern aber nicht richtig erkannt worden sind.[92] Kenntnis der Kontrollstelle ist dabei der Gesellschaft zuzurechnen.[93] Sodann macht jede ungenaue Angabe, die zu Irrtum oder Täuschung Anlaß gibt, die erteilte Entlastung ungültig. Nicht nur absichtliche Unwahrheiten, sondern auch jede unbeabsichtigte Wahrheitswidrigkeit oder Entstellung bewirken die Ungültigkeit, sofern die Kenntnis der objektiven Tatsachen bei den Gesellschaftern geeignet gewesen wäre, den Entlastungsbeschluß zu verweigern.

Die Vornahme des Entlastungsbeschlusses bedeutet eine Auseinandersetzung zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer. Sie endet mit einer Bewertung der Geschäftsführertätigkeit. Darum ist es selbstverständlich, daß dem Geschäftsführer, wenn er Gesellschafter ist, bei der Abstimmung kein Stimmrecht zusteht.[94]

d. Das Recht auf Niederlegung der Geschäftsführung

Die Frage, ob der Geschäftsführer sein Amt niederlegen kann, beantwortet sich jeweils aus dem zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer herrschenden Gesellschafts- bezw. Anstellungsverhältnis. Sie ist darum für Gesellschafter und Nichtgesellschafter getrennt zu behandeln. Der Gesellschafter, dem die Geschäftsführung übertragen worden ist, übt sie als gesellschaftliche Pflicht und als mitgliedschaftliches Recht aus. Die Pflicht zur Geschäftsführung, d. h. zur Arbeitsleistung, ist gleich zu werten wie die Pflicht des Gesellschafters, seine Stammeinlage einzubezahlen. Beide sind eine Form mitgliedschaftlicher Beiträge, die sich nur durch die Art ihrer Erfüllung, nicht aber durch den Wert, den sie für die Unternehmung haben, unterscheiden.[95] Die Kapitalleistung

---

[92] Feine S. 501; Hachenburg Komm. z. § 46 Anm. 29.

[93] Fischer S. 311; Wieland II S. 133; BGE 51 II 72.

[94] vergl. Art. 808 Abs. 5.

[95] Dem widerspricht nicht, daß die Kapitalleistungspflicht mit zwingenden Normen geregelt ist (Art. 798), während die Pflicht zur Arbeits-

erfolgt in der Regel nur einmal, die Pflicht zur Geschäftsführung erstreckt sich für gewöhnlich auf die Dauer des bestehenden Gesellschaftsverhältnisses. Beide Pflichten sind aber für denjenigen, der sie auf sich genommen hat, bindend. Ein Gesellschafter kann den Beitrag, zu dem er sich verpflichtet hat, nicht zurückbehalten oder gar zurückfordern. Wenn für ihn aus dem Gesellschaftsvertrag eine Pflicht zur Geschäftsführung zu entnehmen ist, und dem kein anderslautender Gesellschaftsbeschluß entgegensteht, so ist er gezwungen, sein Amt als Geschäftsführer auszuüben. Eine Niederlegung der Geschäftsführung durch den Geschäftsführer wäre ebenso vertragswidrig wie eine grundlose Entziehung durch die Gesellschaft. Der Geschäftsführer ist im gleichen Maße zur Geschäftsführung verpflichtet, wie er dazu berechtigt ist. Dem entspricht auch die Berechtigung der Gesellschaft, seine Leistung zu fordern, wie ihre Verpflichtung, sie bis zu einer gewissen Grenze zu dulden. Die Berechtigung und Verpflichtung zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft entspricht sich in reziproker Weise. In einem Punkt nur besteht ein kleiner Unterschied zu ungunsten der Gesellschaft. Eine widerrechtliche Entziehung kann der Richter hinfällig machen durch Wiedereinsetzung des Geschäftsführers in seine frühere Stellung. Dagegen kann er einen Geschäftsführer, der sein Amt im Stiche läßt, nicht zur Weiterführung zwingen. Der Gesellschaft bleibt nur ein Anspruch auf Leistung von Schadenersatz.

Aus der gegenseitigen Uebereinstimmung von Rechten und Pflichten zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft ergeben sich die Grenzen der Pflicht zur Geschäftsführung. Die Gesellschaft kann die Geschäftsführung aus wichtigen Gründen entziehen. Auf die Geschäftsführung angewendet heißt dies: Der Geschäftsführer hat das Recht, sein Amt aus wichtigem Grund niederzulegen.[96] Ein wichtiger Grund liegt für den Geschäftsführer vor, wenn sich die Voraussetzungen, unter denen er die Geschäftsführung übernom-

---

leistung nur fakultativ ist. Dies heißt nur, daß auf die eine Leistung verzichtet werden kann. Sie ist aber, falls sie besteht, genau gleich zu behandeln wie die andere.

[96] Hachenburg Komm. z. § 38 Anm. 10.

men hat, von Grund aus verändert haben.[97] Die Gründe können in seiner Person liegen, so, wenn er sich nicht mehr im Besitze der Fähigkeiten fühlt, die zu einer ordentlichen Geschäftsführung erforderlich sind. Wichtiger sind die Gründe, die dem Verhalten der Mitglieder entspringen. Jede schwerwiegende Behinderung des Geschäftsführers an der Ausübung seines Amtes durch ein Handeln gegen die Sittlichkeit oder gegen Treu und Glauben von Seiten der Mitglieder oder der Mitgeschäftsführer (wie etwa durch ständigen hindernden und unbegründeten Widerspruch) geben ihm das Recht auf Niederlegung des Amtes. Die Vertrauensstellung des Geschäftsführers innerhalb der Gesellschaftsorganisation bedingt, daß er nicht gezwungen ist, von sich aus seine Stellung zu behaupten, falls ihm das nötige Vertrauen verweigert wird. Ein Vertragsbruch, der zur Niederlegung der Geschäftsführung berechtigt, liegt auch vor, wenn ihm die Gesellschaft die vertraglich zuerkannte Vergütung vorenthält. Das gleiche gilt für den Ersatz von Aufwendungen. Dem Geschäftsführer kann eine Weiterführung seiner Pflicht unter solchen Umständen, die ihm nur Schaden bringen, nicht zugemutet werden.[98]

Der Erfolg der Niederlegung ist der gleiche wie bei der Entziehung. Nur diejenigen Funktionen, die ihm aus der Geschäftsführung zustanden, hat der Geschäftsführer abgelegt. Als Gesellschafter aber bleibt er nach wie vor in der Gesellschaft und genießt die Rechte eines nichtgeschäftsführenden Mitgliedes.

Wesentlich einfacher gestaltet sich die Niederlegung bei einem Geschäftsführer, der nicht der Gesellschaft als Mitglied angehört. Hier haben wir es mit einer gewöhnlichen vertraglichen Kündigung zu tun.[99] Da das Anstellungsverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft in der Regel ein Dienstvertrag ist, gilt die dort normierte Kündigung.[100] Der Geschäftsführer kann jederzeit kün-

[97] Iklé S. 143.

[98] Iklé S. 144.

[99] Die Organstellung kann die Kündigung in keiner Weise beeinflussen. Mit dem Untergang des die Geschäftsführung begründenden Vertrages erlischt auch materiell die Befugnis und Macht, die Gesellschaft vertreten zu können.

[100] Art. 347 ff. OR.

digen, unter Beobachtung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist. Aus wichtigem Grund kann auch hier die sofortige Niederlegung herbeigeführt werden.[101]

Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des abtretenden Geschäftsführers muß im Handelsregister gelöscht werden, sobald die Tatsache der Niederlegung seines Amtes feststeht. Es bleibt sich gleich, ob der Austritt vertragsmäßig erfolgt ist oder nicht. Dies ist lediglich für die Frage des Schadenersatzes relevant. Auf keinen Fall kann eine weitere Ausübung des Amtes erzwungen werden.[102]

---

[101] Art. 352 OR.

[102] Schreiben des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 14. Dezember 1929, in Zeitschr. d. Bern. J. V. 66 (1930) S. 284.

VI. Die Haftung des Geschäftsführers

1. Die Voraussetzungen

Für die Verantwortlichkeit der mit der Geschäftsführung betrauten Personen gelten die Bestimmungen des Aktienrechts.[1] Da das rev. OR. die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in Anlehnung an die Regelung des Bankengesetzes,[2] einer wesentlichen Neuerung gegenüber früher unterworfen hat, ist eine Darstellung für den Bereich der GmbH. wohl am Platze.[3]

Der Geschäftsführer haftet für jede Verletzung der durch Gesetz, Statuten, Reglemente oder Verträge aufgestellten Pflichten, soweit dabei ein Schaden entstanden ist. Unwesentlich ist, ob der Geschäftsführer Gesellschafter ist oder Dritter.[4] Drei Voraussetzungen bewirken zusammen die Haftung des Geschäftsführers: die Pflichtverletzung, das Verschulden und der Eintritt eines Schadens.

Das Gesetz verlangt vom Geschäftsführer genaue Kenntnis der ihm obliegenden Pflichten. Da der Begriff der Pflichten sehr weit gefaßt ist, kann schon eine an sich unbedeutende Vernachlässigung zur Haftung führen. Wir verweisen hiefür auf das vorangehende Kapitel.

Das Maß des Verschuldens, das die Haftung des Geschäftsführers herbeiführt, geht auf omnis culpa. Der Geschäftsführer haftet sowohl für absichtliche wie fahrlässige Pflichtverletzung. Wohl besteht nach außen auch die Haftung der juristischen Person, insbesondere für Delikte des Geschäftsführers. Doch haben wir

---

[1] Art. 827; vergl. Scherer S. 116.

[2] Art. 41 ff. d. BG über die Banken und Sparkassen v. 8. Nov. 1934.

[3] Bei der derzeitigen GmbH.-Reform in Deutschland wurde das Problem der Verantwortlichkeit des Geschäftsführers ebenfalls aufgeworfen und eine strenge Haftung verlangt. Dabei wird, soweit wir bis jetzt ersehen können, eine ähnliche Lösung erstrebt, wie sie in der Schweiz seit neuestem in Kraft ist. Vergl. Frankfurter Zeitung v. 13. März 1938 N. 131 S. 13

[4] Art. 812 Abs. 2.

oben[5] dargelegt, daß die Körperschaft, so wie wir sie auffassen, nur rechtlich, aber nicht tatsächlich handlungs- und deliktsfähig ist. Daher kann die juristische Person, als gedankliche Abstraktion, auch keines Verschuldens fähig sein. Nur auf Grund der gesetzlichen Bestimmung treten die Wirkungen der Handlungen und des Verschuldens der Organträger für und gegen die juristische Person ein.[6] Es ist dies keine Haftung aus Verschulden, sondern eine Billigkeitshaftung für fremde Schuld zum Zwecke der Schadensverteilung.[7] Dadurch geht jedoch die Schadenersatzpflicht des schuldhaft handelnden Organträgers nicht unter. Er hat für sein Verschulden persönlich einzutreten. So besteht kein Zweifel, daß er für unerlaubte Handlungen neben der Gesellschaft und in gleicher Höhe haftet.[8] Daneben begründet das Gesetz für die GmbH. (und die AG.) noch eine besondere Haftung des Geschäftsführers, keine Deliktshaftung, sondern eine Haftung für jede schuldhafte Schädigung aus Pflichtverletzung. Auch diese Ordnung ist durchaus verständlich. Man darf von dem Geschäftsführer einer Gesellschaft verlangen, daß er sich der Tragweite seiner Handlungen bewußt ist.[9] Die Besorgung fremder Geschäfte durch einen besonders dazu Auserkorenen erfordert ein besonderes Maß von Sorgfalt. Der Mitglieder- und Gläubigerschutz bedingt eine strenge Haftung der für die Leitung der Geschäfte Verantwortlichen. Die Haftung ist zwingend und kann darum nicht wegbedungen werden.[10]

Der Nachweis des Verschuldens wird nicht immer leicht sein. Insbesondere bei Gesellschaften, deren Gegenstand den Geschäftsführer zur Durchführung börsenmäßiger oder spekulativer Transaktionen und Geschäfte verpflichtet, wird es schwer tun, bei Schädigung ein Verschulden nachzuweisen. Für die Beweislast gelten die

---

[5] S. 6 ff.

[6] Kreis S. 64; Brühlmann Kommentar zum Bankengesetz Art. 41 N. 8,

[7] Egger Komm. z. Art. 54/55 ZGB N. 2.

[8] Art. 55 Abs. 3 ZGB: „Für ihr Verschulden sind die handelnden Organe außerdem persönlich verantwortlich." Egger Komm. z. Art. 54/55 N. 22; BGE 61 II 233.

[9] Vigier S. 34.

[10] Wolfers S. 115.

Regeln von Art. 97 OR., denn es handelt sich stets um eine vertragliche oder vertragsähnliche Haftung.[11] Der Geschäftsführer haftet für den verursachten Schaden, sofern er nicht beweist, daß ihm kein Verschulden zur Last fällt. Er hat nachzuweisen, daß er in Erfüllung seiner Pflicht gehandelt hat.[12] Wenn durch die schädigende Handlung weder eine gesetzliche oder statutarische Vorschrift verletzt worden ist und wenn sie im Moment der Vornahme nicht unzweckmäßig war, so trifft den Geschäftsführer kein Verschulden und er kann nicht belangt werden. Für die Verschuldensfrage ist wichtig, daß sie nicht erst auf Grund der Erkenntnisse beurteilt wird, die man durch die Tatsache des Verlustes erlangt hat. Vielmehr ist sie nach den Verhältnissen bei Eingehung eines Geschäftes zu überprüfen, sodann unter dem Gesichtspunkt der sorgfältigen Ueberwachung bei der Abwicklung.[13] Verluste sind im heutigen Geschäftsleben auch für den tüchtigsten Geschäftsmann unvermeidlich, denn die Launen unserer Wirtschaft sind unberechenbar. Daher darf man bei vernünftiger Geschäftsführung aus einem ungünstigen Ausgang kein Verschulden konstruieren, wenn sich nachträglich herausstellt, daß man anders hätte handeln können. Nicht was ex nunc, sondern was ex tunc zweckmäßig war, ist zu berücksichtigen.

Die dritte Voraussetzung für eine Schadenersatzklage ist der Eintritt eines Schadens. Schaden bedeutet Verminderung des Vermögens.[14] Er kann sich als eingetretener Verlust oder entgangener Gewinn offenbaren.[15] Eine pflichtwidrige Handlung des Geschäftsführers, bei der kein Schaden entstanden ist, berechtigt die Gesellschaft wohl zu Sanktionen gegenüber dem Fehlbaren,[16] begründet jedoch noch keine Haftung. Der Kreis der geschädigten Personen ist dreifach: Durch eine pflichtwidrige Handlung des Geschäftsführers können zu Schaden kommen einmal die Gesellschaft, so-

[11] Brühlmann Komm. z. Art. 41 N. 6.

[12] BGE 34 II 499.

[13] Henggeler S. 36.

[14] v. Thur, Allgemeiner Teil des OR. 1. Bd. S. 68.

[15] Rossy u. Reimann, Schweizer. Bankengesetz, 1936, Komm. z. Art. 41 N. 3.

[16] so in gewissen Fällen zur Entziehung der Geschäftsführung, vergl. oben S. 46 ff.

dann die einzelnen Mitglieder und schließlich die Gläubiger der Gesellschaft.[17] Dementsprechend ergibt sich auch der Kreis der Anspruchsberechtigten. Eine schädigende Handlung gegenüber der Gesellschaft, welche deren Vermögen verschlechtert — nach Wieland[18] „ein Schaden der Gesellschaft als solche" — führt indirekt auch zu einer Schädigung der Gesellschafter. Auf gleiche Weise können auch die Gläubiger von einer Vermögenseinbuße betroffen werden. Man spricht hier von einem mittelbaren oder sekundären Schaden.[19] Er äußert sich also darin, daß durch das schuldhafte pflichtwidrige Verhalten des Geschäftsführers die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verschlechtert wird. Dadurch wird der Anteil des Gesellschafters vermindert und die Forderung des Gläubigers nicht mehr gedeckt.

Der Schaden kann auch direkt in der Vermögensmasse des Gesellschafters oder Gläubigers eintreten. Die Handlungen der verantwortlichen Organe können, ohne die Gesellschaft zu schädigen, eine Schadensursache für einzelne Gesellschafter oder Gläubiger sein.[20] So kann z. B. ein Gesellschafter durch falsche Auskünfte von Seiten des Geschäftsführers über den Stand des Gesellschaftsvermögens unmittelbar geschädigt werden. Die verursachte Schädigung ist primär oder direkt.

2. Die Geltendmachung

Wie vollzieht sich die Vollstreckung der gegen den Geschäftsführer bestehenden Haftungsansprüche, und aus welchem Rechtsverhältnis insbesondere ergeben sie sich?[21] Wie verhalten sich die einzelnen Ansprüche zueinander, wenn mehrere Personen zu Scha-

---

[17] vergl. Art. 754.

[18] II S. 137.

[19] Henggeler S. 49, Wieland II S. 137, Goldschmidt S. 122; BGE 49 II 245, 59 II 455, 61 II 232.

[20] Henggeler S. 51; Eckstein, Die Verantwortlichkeit der Organe einer AG. aus ihrer Geschäftsführung, Diss. Basel 1936, S. 47.

[21] Für die rein verfahrensrechtliche Seite vergleiche die Arbeiten von Henggeler und Eckstein (s. o.), wo auch die hier nicht zu untersuchende Stellung der Gesellschafter und Gläubiger deutlich Berücksichtigung findet.

den gekommen sind? Der Geschäftsführer steht grundsätzlich nur zu der juristischen Person in einem vertraglichen oder vertragsähnlichen Verhältnis.[22] Nur der Gesellschaft ist er zur getreuen Verwaltung verpflichtet. Für eine gleiche Pflicht gegenüber den Gesellschaftern oder den Gläubigern mangelt es an einem Rechtsgrund.[23] Um aber diesen Personenkreis nicht schutzlos zu lassen, unternimmt die gesetzliche Ordnung eine Ausdehnung der vertraglichen Wirkungen auf Drittpersonen.[24] Mitglieder und Gläubiger sollen als indirekt Interessierte einen Billigkeitsanspruch auf Haftung des Geschäftsführers auch ihnen gegenüber erhalten. Der Einzelanspruch des Gesellschafters und Gläubigers besteht nur, weil er ihnen ausdrücklich zuerkannt ist. Auf ihn sind, nach Theorie und Praxis,[25] Vertragsgrundsätze anwendbar.

Das Recht des einzelnen Mitgliedes, seine Ansprüche gegenüber dem Geschäftsführer selbst geltend machen zu können, ist notwendig und wohl begründet, wenn man sich seine Stellung im Gesellschaftsorganismus vor Augen hält. Durch den Einzelanspruch des Gesellschafters soll verhindert werden, daß der Geschäftsführer durch irgendwelche Machenschaften die Mehrheit der Gesellschafter für seine Entlastung zu gewinnen sucht und sich auf diese Weise der Verantwortung entzieht. Der einzelne Gesellschafter muß für die ihn persönlich berührenden Interessen unabhängig vom Entlastungsbeschluß der Gesellschafterversammlung sein. Sein Klagerecht setzt einzig voraus, daß er dem Entlastungsbeschluß nicht zugestimmt oder in Unkenntnis der Schlußnahme seither den Gesellschaftsanteil erworben hat.[26]

Der Anspruch des Gläubigers rechtfertigt sich aus der Erwägung heraus, daß ohne ihn die Erhaltung des Stammkapitals nicht genügend gesichert erscheint.[27] Der Gläubiger gewährt Kre-

[22] Kreis S. 85, Wieland II S. 134.

[23] Wieland a. a. O., Goldschmidt S. 122.

[24] Im Gegensatz dazu kennt das deutsche Recht nur eine Haftung gegenüber der Gesellschaft, vergl. Hachenburg Komm. z. § 43 Anm. 22 ff.

[25] Kreis S. 84, Goldschmidt S. 123, Wieland II S. 134, Wolfers S. 143. — BGE 46 II 453, 49 II 245, 61 II 228,

[26] vergl. Art. 757.

[27] Goldschmidt S. 123.

dit, weil er auf die Pflichterfüllung des Geschäftsführers pocht und an die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens glaubt. Erfolgt eine Pflichtverletzung, so soll durch die Inanspruchnahme des Geschäftsführers der Schaden nach Möglichkeit gedeckt werden. Es kann dem Gläubiger nicht gleichgültig sein, wenn die Gesellschaft auf diesen Ersatz verzichtet. Er erleidet, wie ein Gesellschafter, durch die Déchargeerteilung einen Schaden, der sich in der finanziellen Schwächung seines Schuldners äußert.[28]

Die Geltendmachung der gesetzlichen Haftung ist verschieden, je nachdem eine mittelbare oder unmittelbare Schädigung erfolgt ist, und es besteht ein Unterschied zwischen dem Anspruch eines Gesellschafters und dem eines Gläubigers. Bei sekundärer Schädigung liegt es nahe, daß zunächst die primär geschädigte Gesellschaft ihre Rechte gegenüber dem Geschäftsführer geltend macht. Verzichtet sie darauf, so kann jeder mittelbar geschädigte Gesellschafter den Ersatz des gesamten der Gesellschaft zugefügten Schadens verlangen. Jedoch geht die Leistung nicht an ihn, sondern richtigerweise an die Gesellschaft.[29] Damit ist zugleich eine Abgrenzung der beim mittelbaren Schaden konkurrierenden Ansprüche gegeben und der Geschäftsführer nur einer einzigen Ersatzklage ausgesetzt.

Der Gläubiger hat vor dem Konkurs der Gesellschaft gar kein Klagerecht.[30] Im Konkurs der Gesellschaft haftet der Geschäftsführer zunächst nur der Konkursverwaltung. Die Ansprüche gegen ihn gehen in die Konkursmasse. Erst wenn die Konkursverwaltung die Verantwortlichkeitsklage nicht anstrengen will, wird der Geschäftsführer auf Grund der Abtretung des Anspruchs nach Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz Art. 260 jedem berechtigten Gesellschafter oder Gläubiger haftbar.[31]

Man kann sich fragen, ob diese Lösung geschickt ist. Darüber wird die Praxis entscheiden. Vom theoretischen Gesichtspunkt aus läßt sie sich mit gutem Gewissen vertreten. Dadurch, daß die Lei-

---

[28] Wolfers S. 144.
[29] Art. 755.
[30] Art. 758; Henggeler S. 50.
[31] vergl. Art. 756.

stung des Ersatzes ausschließlich an die Gesellschaft geht, wird dem logischen Schluß Rechnung getragen, daß ein sekundärer Schaden behoben wird, indem man dem primären abhilft. Es wird eigentlich nicht der Schaden der Gesellschafter oder Gläubiger gedeckt, sondern das Gesellschaftsvermögen um die durch die Schädigung verminderte Summe ergänzt. Daran ändert nichts, wenn anstelle der Gesellschaft ein Gesellschafter klagt. Unbefriedigend ist auch nicht die im Vergleich zum Gesellschafter nachteilige Stellung des Gesellschaftsgläubigers. Sie rührt von dem Unterschied her, der, wenn auch nicht in der Natur der Ansprüche, so doch in der Verschiedenartigkeit der Personen der Klageberechtigten liegt. Dem Gesellschafter steht der Einzelanspruch zu als Minderheitsrecht, als indirektes Veto gegen einen Gesellschafterbeschluß. Der Gläubiger, als Nichtgesellschafter, muß den Déchargebeschluß hinnehmen und ist mit seinem Klagerecht auf den Konkurs angewiesen. Dagegen steht ihm die Ausübung seiner Gläubigerrechte gegenüber der Gesellschaft offen.[32] Die gesetzliche Lösung der Leistung ausschließlich an die Gesellschaft wirkt zugleich prohibitiv. Es steht zu erwarten, daß die Verantwortlichkeitsklage nur in wirklich gerechtfertigten Fällen angestrengt wird. Der Anreiz zu individuellen Klagen wird erheblich herabgesetzt; dadurch werden sowohl die verantwortlichen Organe vor rücksichtsloser Inanspruchnahme wie das Gesellschaftsinteresse vor vielleicht zwecklosem und widersinnigem Vorgehen geschützt.[33]

Anders verhält es sich bei primärem Schaden[34] der einzelnen Gesellschafter oder Gläubiger. Hier besteht keinerlei Beschränkung der Klageberechtigung. Der Geschäftsführer wird jedem geschädigten Gesellschafter oder Gläubiger direkt haftbar.[35] Die Gesellschaft bleibt hier aus dem Spiel und die Beziehung spielt unmittelbar zwischen Geschäftsführer und Geschädigtem. Das Gesetz sagt zwar in Art. 758, daß das den Gesellschaftsgläubigern

[32] Brühlmann, a. a. O. Komm. z. Art. 41 N. I a. E.

[33] Botschaft S. 60.

[34] Wir sprechen hier nur vom primären Schaden, der aus vertraglicher Verletzung, nicht aber aus unerlaubter Handlung entstanden ist.

[35] Eckstein a. a. O. S. 49 ff., Guhl S. 320, Henggeler S. 56, Wieland II S. 139.

eingeräumte Klagerecht nur geltend gemacht werden kann, wenn über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist. Die Beschränkung gilt jedoch nur für mittelbare Gläubigerschädigung.[36] Das geht aus dem Gesetzestext hervor, denn die gesamten Bestimmungen über die Beschränkung des Klagerechtes (Art. 755 bis 758) stehen unter der gemeinsamen Marginale „B. Geltendmachung des mittelbaren Schadens". Die für die Geltendmachung des sekundären Schadens aufgestellten beschränkenden Sondernormen gelten nicht für den unmittelbaren Schaden. Der Anspruch des Gläubigers erfährt die gleiche Behandlung wie derjenige des Gesellschafters.

3. Die Exkulpation

Die Haftung erstreckt sich nur auf diejenigen Personen, die für den Schaden verantwortlich sind. Es haftet nicht von vorneherein das Organ als solches, sondern nur die verantwortlichen Organträger. Sind mehrere Organträger für denselben Schaden verantwortlich, so haften sie solidarisch.[37]

Das Gesetz lehnt also die Haftung des Organs ab (d. h. die Solidarhaftung der Organträger) und nimmt als Voraussetzung der Haftbarkeit ein eigenes Verschulden des betreffenden Geschäftsführers. Das Gesetz nähert aber zugleich wieder die Einzelhaftung der Solidarhaftung, indem es nicht die gemeinsame Verursachung,[38] sondern die gemeinsame Verantwortlichkeit als Kriterium setzt. Nach der gesetzlichen Ordnung sind grundsätzlich alle Geschäftsführer gemeinsam zur Geschäftsführung verpflichtet, d. h. bei der Erfüllung und Ausübung der Geschäftsführerfunktionen ist die Gesamtheit der Organträger zuständig.[39] Das bedeutet aber nichts anderes, als daß j e d e r Geschäftsführer für die pflichtgemäße Führung der Geschäfte verantwortlich ist und

---

[36] Henggeler S. 56/57; Rossy u. Reimann, Kommentar zum Bankengesetz Art. 43 N. 2.

[37] Art. 759.

[38] vergl. hierzu Art. 50 OR.; zutreffend für das deutsche Recht, vergl. Feine S. 499, Hachenburg Komm. z. § 43 Anm. 9.

[39] Kreis S. 71, Egger Komm. z. Art. 69 ZGB N. 8.

aus einer schädigenden Handlung behaftet wird. Da der Begriff der pflichtgemäßen Geschäftsführung außerordentlich weit geht, wird in praxi eine Exkulpation des Geschäftsführers nicht leicht sein. Der Geschäftsführer muß beweisen, daß er die Tätigkeit der andern Geschäftsführer mit Aufmerksamkeit verfolgt hat und daß trotzdem, ohne sein Verschulden, der Eintritt des Schadens möglich war. Er muß von seinem Widerspruchsrecht rechtzeitigen Gebrauch machen.[40] Es genügt in vielen Fällen nicht, daß er sich bei einem Mehrheitsbeschluß als Minderheit unterordnet und seine abweichende Meinung zu Protokoll bringen läßt.[41] Der Exkulpationsbeweis ist erst erbracht, wenn er nachweist, daß er alles zur Verhinderung der schädigenden Handlung unternommen hat, was zu unternehmen in seinen Kräften stand.

Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers und damit die Haftung erfährt eine Beschränkung, wenn durch Statuten oder Gesellschafterbeschluß eine Aufteilung der Geschäfte unter die einzelnen Organträger vorgenommen worden ist. Jeder Geschäftsführer ist nur für diejenigen Vorgänge verantwortlich, die in seinen Geschäftsbereich fallen. Kein Geschäftsführer braucht sich Eingriffe eines andern Geschäftsführers in sein Ressort gefallen zu lassen. Die Ueberwachungspflicht fällt weg und infolgedessen kann auch keine gegenseitige Haftung unter den Geschäftsführern begründet werden. Eine Ausnahme, wie sie das deutsche Recht[42] vorsieht, dürfte auch in der Schweiz Anwendung finden: Wenn die Verfehlung des andern Geschäftsführers derart ist, daß sie der Geschäftsführer bemerkt hat oder sicher hätte bemerken müssen, dann kann er die Aufteilung der Geschäfte nicht als Exkulpationsgrund benutzen. Es liegt hier ein Verstoß gegen die einfachsten Grundsätze geschäftlicher Sorgfalt vor, der durch die Mithaftung des Fehlbaren geahndet wird. Notwendig ist ferner, daß die Aufteilung der Geschäftsführungspflichten von dem zuständigen Organ vorgenommen worden ist. Die Geschäftsführer sind hierzu nicht be-

[40] vergl. oben S. 76 ff.

[41] Kreis S. 71, Wieland II S. 131.

[42] vergl. Reichsgericht 98, 100; Feine S. 498, Hachenburg Komm. z. § 43 Anm. 10, Brodmann § 43 Erl. 3, auch Wieland II S. 132.

rechtigt. Nehmen sie eine Aufteilung vor, so zeitigt sie nur interne Wirkung, nach außen haften sie weiterhin solidarisch.[43]

Ein rechtmäßig zustandegekommener Entlastungsbeschluß befreit den Geschäftsführer von seiner Haftung gegenüber der Gesellschaft aus allfällig gegen ihn bestehenden Schadenersatzansprüchen. Ist die Déchargeerteilung auf Grund der objektiv richtigen Darlegung des Geschäftsführers erfolgt[44] und ist keine der Voraussetzungen des Art. 757 erfüllt,[45] so kann der Geschäftsführer nicht mehr belangt werden. Mag auch dann eine Verantwortlichkeitsklage materiell begründet sein, der Geschäftsführer ist durch den formalen Akt der Déchargeerteilung allen Haftungsansprüchen entzogen.

In allen den Fällen, in denen der Exkulpationsbeweis nicht gelungen ist, haftet der Geschäftsführer. Bei Verschulden mehrerer für denselben Schaden haften die Organträger solidarisch. Jeder Geschäftsführer ist belangbar auf den Ersatz des ganzen Schadens. Es kommt im Verhältnis zum Geschädigten nicht auf die Schwere des Verschuldens an; derjenige, den ein geringes Verschulden trifft, haftet für den Schaden ebenso wie derjenige, dessen Verschulden schwerer ist. Bei der echten Solidarhaft gibt es keine Berufung auf ein geringeres Maß des Verschuldens im Verhältnis zum Geschädigten.[46] Unter mehreren Beteiligten selbst bestimmt sich der Rückgriff nach dem Grad des Verschuldens des einzelnen. Zuständig für die Aufteilung ist der Richter.[47] Der einzelne darf im Regreßverhältnis nicht schlechter gestellt sein, als wenn er direkt belangt worden wäre.[48]

---

[43] siehe oben S. 45/46.
[44] vergl. oben S. 80/81.
[45] vergl. oben S. 89.
[46] BGE 59 II 458.
[47] Art. 759 Abs. 2.
[48] Brühlmann, Kommentar zum Bankengesetz Art. 44 N. 3.